

Anuario español de Derecho
internacional privado

Presentación

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

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

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

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 marzo 2012. Dicho certificado ha sido renovado satisfactoriamente, la última vez en 2020. Asimismo, en 2018 el Anuario fue evaluado favorablemente para su inclusión en **Scopus** por el Content Selection & Advisory Board (CSAB). Por último, también en 2018 el Anuario fue indexado en el **Emerging Sources Citation 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 otros materiales que se relacionan en el presente volumen.

Anuario español de Derecho internacional privado

Tomo XXII

Scopus[®]



Iprolex
2022

Edición:**Iprolex, S.L.**

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

Redacción:

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
jimenezblanco.pilar@gmail.com

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 Añoberos 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 Universidad 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); **Cristian Oró Martínez** (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** (Profesora titular de Derecho de la Università degli Studi di Milano-Bicocca).

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 M^a Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M^a De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M^a 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	Federico Garau Sobrino
Vésela Andreeva Andreeva	Georgina Garriga Suau
Rafael Arenas García	María González Marimón
Ángel María Ballesteros Barros	Josep Gunnar Horrach Armo
Silvana Canales Gutiérrez	Raúl Lafuente Sánchez
Luis F. Carrillo Pozo	Matthias Lehmann
José Caro Catalán	Nerea Magallón Elósegui
Esperanza Castellanos Ruiz	Nuria Marchal Escalona
María José Castellanos Ruiz	Diana Marín Consarnau
José Maria De Dios Marcer	Antonio Merchán Murillo
Pedro A. de Miguel Asensio	Milagros Orozco Hermoso
M ^a Pilar Diago Diago	José Ignacio Paredes Pérez
Antonia Durán Ayago	Lucas Andrés Pérez Martín
Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor	Juliana Rodríguez Rodrigo
Noelia Fernández Avello	Isabel Rodríguez-Uría Suárez
Ana Fernández Pérez	Mercedes Sabido Rodríguez
José Carlos Fernández Rozas	María Jesús Sánchez Cano
Maria Font i Mas	Sixto Sánchez Rorenzo
Albert Font i Segura	María Ángeles Sánchez Jiménez
Dorina C. Suciú	

Sumario

Estudios

VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA

Conflicto de leyes en las transacciones de cryptomonedas 21-47

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después
de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE 49-110

MARIA FONT I MAS

El Reglamento (UE) 2016/1191: hasta dónde (no) alcanza
la libre circulación de documentos públicos en la UE y
en España 111-138

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

Compatibilidad del futuro régimen de responsabilidad civil en
materia de inteligencia artificial con las normas de
Derecho internacional privado en los accidentes de tráfico
transfronterizos causados por vehículos automatizados ... 139-180

MATTHIAS LEHMANN,

La Ley aplicable a la cadena de bloques 181-202

NEREA MAGALLON ELOSEGUI

El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad
civil derivada de actos contrarios a derechos humanos
realizados por empresas en sus actividades
transfronterizas 203-236

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ

Régimen jurídico de las “invitaciones a comprar” en el
Derecho internacional privado europeo..... 237-267

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos	269-299

Varia

LUIS F. CARRILLO POZO

Litigios sobre responsabilidad parental: algunas notas sobre la coherencia e integridad de la disciplina	303-328

ANTONIA DURÁN AYAGO

Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire	329-357

NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO

Establecimiento contratante, intermediación y <i>dumping</i> social en los contratos de trabajo del transporte internacional	359-387

JOSEP GUNNAR HORRACH ARMO

La aplicación de la legislación civil foral o especial a los extranjeros en virtud del Reglamento (UE) nº 650/2012. Especial referencia al pacto sucesorio de definición contemplado en la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears	389-411

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

La residencia electrónica como criterio de conexión para determinar la ley personal	413-441

MILAGROS OROZCO HERMOSO

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de nacionalidad	443-481

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

Doctrina del TJUE en <i>Pancharevo</i> y <i>Rzeczchnik</i> : un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos	483-5142

Notas

SILVANA CANALES GUTIÉRREZ

Análisis comparado de los ADRs disponibles en la UE, México, Argentina y Colombia para el huésped-consumidor frente a las plataformas digitales de alojamiento turístico	517-539

Textos legales

Unión Europea.....	543
Legislación española.....	549
Disposiciones generales.....	549
Convenios internacionales.....	569

Jurisprudencia

Dirección de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS Y SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ.....	571
Comentarios de ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS, JOSÉ CARO CATALÁN, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, JOSÉ MARÍA DE DIOS MARCER, PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, M ^a PILAR DIAGO DIAGO, SILVIA FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO, FEDERICO GARAU SOBRINO, GEORGINA GARRIGA SUAU, MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN, NURIA MARCHAL ESCALONA, DIANA MARÍN CONSARNAU, MILAGROS OROZCO HERMOSO, LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ, MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO Y DORINA C. SUCIU	
Jurisprudencia internacional y europea.....	573
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	573
Tribunal de Justicia Unión Europea.....	576
Jurisprudencia española.....	611
Adopción.....	611
Alimentos.....	614
Arbitraje.....	614
Bienes.....	615
Competencia judicial internacional	616

Compraventa internacional	671
Consumidores.....	617
Contratos.....	620
Derecho del trabajo.....	621
Derecho extranjero (Aplicación del)	634
Derecho interterritorial	634
Derecho marítimo.....	634
Divorcio.....	635
Extranjería.....	639
Filiación.....	643
Insolvencia.....	652
Matrimonio.....	652
Menores.....	653
Nacionalidad.....	665
Nombre.....	666
Obligaciones extracontractuales	667
Proceso	667
Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras	667
Reenvío	668
Relaciones entre cónyuges y régimen económico matrimonial.....	671
Responsabilidad.....	677
Responsabilidad parental.....	684
Sucesiones.....	684
Transporte.....	685

Crónica de Derecho interterritorial

Coordinación y comentarios de ALBERT FONT I SEGURA Y RAFAEL ARENAS GARCÍA.....	687
ALBERT FONT I SEGURA	
Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa.....	689-692
Relación de decisiones.....	692
RAFAEL ARENAS GARCÍA	
Alimentos, crisis matrimoniales, medidas respecto a los hijos y regímenes económicos	698-703
Relación de decisiones.....	704

ALBERT FONT I SEGURA	
Sucesiones y donaciones.....	707-710
Relación de decisiones.....	710
RAFAEL ARENAS GARCÍA	
Vecindad civil	713-717
Relación de decisiones.....	718
ALBERT FONT I SEGURA	
Obligaciones y derechos reales	720-723
Relación de decisiones.....	723
RAFAEL ARENAS GARCÍA	
Uniones no matrimoniales	728--729
Relación de decisiones.....	729
ALBERT FONT I SEGURA	
Filiación	730-732
Relación de decisiones.....	732

*Doctrina de la Dirección General de Seguridad
Jurídica y Fe Pública*

Comentarios de SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO.....	733
Adopción.....	765
Contratos.....	765
Derechos reales.....	766
Divorcio.....	766
Documento extranjero.....	766
Insolvencia	767
Matrimonio.....	769
Nacionalidad	769
Poderes de representación.....	773
Régimen económico matrimonial	774
Sociedades.....	782
Sucesiones.....	783
Vecindad civil	790

Foros internacionales

<i>Unión Europea</i>	793
<i>Cámara de Comercio internacional</i>	799
<i>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones</i>	800
<i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional</i>	801
<i>Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado</i>	806
<i>Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)</i>	809
<i>Institut de Droit International</i>	811
<i>UNESCO</i>	813

Materiales de la práctica

Selección de ANA FERNÁNDEZ PÉREZ	815
Organización de las Naciones Unidas	817
Unión Europea.....	819
España.....	827
Consejo de Ministros.....	827
Consejo de Estado.....	828
Consejo General del Poder Judicial	829
Defensor del Pueblo.....	830
Fiscalía General del Estado.....	836
Ministerio de Justicia	844

Bibliografía

ALBALADEJO SOBOLEWSKI, Elena Isabel y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso:
Sucesiones mortis causa en la Unión Europea. Efectos prácticos derivados

<i>de la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado y de fiscalidad internacional</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	849
ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, IRIARTE ÁNGEL, José Luis, BELINTXON MARTÍN, Unai: <i>Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI</i> , Cizur Menor, Civitas, 2022	849
AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M ^a José: <i>Determinación de la residencia habitual y foros de competencia. Del Derecho romano al Reglamento Europeo de Sucesiones</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	849
CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (eds.): <i>European Private International Law</i> , Granada, Comares, 2022	849
CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dir): <i>Derecho internacional privado y sociedad global. Los principios del Derecho romano en el Derecho internacional privado europeo</i> , Cizur Menor, Aranzadi. Pamplona, 2022 ...	850
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de: <i>Derecho Privado de Internet</i> , 6 ^a ed., Cizur Menor, Civitas / Thomson Reuters, 2022 (P. JIMÉNEZ BLANCO)	850
ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: <i>La relación laboral</i> , Valencia, Tirant lo blanch, 2022 (N. MARCHAL ESCALONA)	852
FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: <i>Derecho internacional privado</i> , 12 ^a ed., Cizur Menor, Civitas, 2022	854
GONZÁLEZ MARIMÓN, María: <i>La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2022	855
HERRERO URTUETA, Eduardo: <i>La responsabilidad del vendedor en el comercio internacional desde una perspectiva práctica</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2022	855
LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: <i>Derecho sucesorio inglés, normas de conflicto y sucesión de ciudadanos británicos en España</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	855
LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: <i>Daños punitivos y Derecho internacional privado</i> , Cizur Menor, Aranzadi. 2022	856
MARCHAL ESCALONA, Nuria: <i>El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	856
MERINO CALLE, Irene: <i>Lex Mercatoria, costumbre y Derecho internacional privado</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	856
ORBEGOZO MIGUEL, Xabier: <i>Medidas cautelares en el comercio internacional. Perspectiva jurisdiccional y arbitral. Guía para el operador jurídico español y europeo</i> , Cizur Menor, Aranzadi., 2022	856
ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso: <i>El intercambio de datos de carácter personal como paradigma de desarrollo de una economía global. Desde la óptica del Derecho internacional privado</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	857
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dir.): <i>Arte, Derecho y comercio internacional</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	857
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (coord.): <i>Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho Internacional privado</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2022	858

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, CASTELLANOS CABEZUELO, Ángela, CHOQUE ALARCÓN, Daisi, GARCÍA ESCOBAR, Encarnación: <i>Práctica de la contratación internacional. Modelos más frecuentes de contratos mercantiles internacionales</i> , Madrid, Sepin, Servicio de Propiedad, 2022	858
PRATS JANÉ, Sergi: <i>La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España. Notificaciones, obtención y práctica de pruebas</i> , Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2022	859
RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (dir.): <i>Manual de Derecho internacional privado</i> , 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2022	860
SÁNCHEZ CAÑIZARES, Luis: <i>El crédito documentario y el mensaje SWIFT</i> , Barcelona, Marge Books, 2022	860
TALERO RUEDA, Santiago: <i>Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y Derecho aplicable</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2022	861

Estudios

Recibido: 4 enero 2022
Aceptado: 4 febrero 2022

Conflicto de leyes en las transacciones de criptomonedas

Vésela ANDREEVA ANDREEVA*

SUMARIO: I. Introducción. II. *Blockchain* como sistema de transferencia de datos. 1. Características. 2. Riesgos jurídicos asociados a las criptodivisas. III. Criptomonedas y conflicto de leyes. 1. *Blockchain* vs. Sociedad. 2. *Blockchain* vs. contrato. 3. *Las criptodivisas* – medio de pago o valores, V. Ley aplicable en caso de error en la identidad del destinatario de las criptomonedas. VI. Ley aplicable a las criptodivisas en caso de robo, fraude o insolvencia del operador. VII. Conclusión.

RESUMEN: Los avances tecnológicos han creado nuevos productos y formas de comercializarlos en la red. Los *Bitcoins* y la *Blockchain*, han revolucionado los mercados financieros introduciendo nuevos parámetros en la comercialización de las criptodivisas que se desarrollan en un espacio virtual libre de fronteras y nacionalidades. El creciente interés por la adquisición de monedas virtuales, la falta de regulación a nivel nacional e internacional y el aumento de ciberataques y robos ha planteado distintos problemas a la hora de determinar la ley aplicable. El hecho de que las operaciones se realizan en el ciberespacio entre personas que se encuentran en distintos lugares y el carácter descentralizado de las *DLT* hace necesario replantear los tradicionales puntos de conexión muchos de los cuales se basan en el *situs*, como la residencia habitual de las partes, el lugar en el que se celebra el contrato, el lugar donde la persona jurídica desarrolla su actividad principal o donde está su administración central, etc. En un espacio digital en el que la transacción se realiza a través de la *Blockchain* que garantiza el anonimato de las partes, dichos puntos de conexión pueden resultar imposibles de aplicar.

PALABRAS CLAVE: CONFLICTO DE LEYES – *LEX REI SITAE* – CRIPTODIVISAS – CADENA DE BLOQUES – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Conflicts-of-law in criptocurrencies transactions

ABSTRACT: Technological advances have created new products and ways to market them online. *Bitcoins* and the decentralized transfer system associated to them, the so-called *Blockchain*, have revolutionized financial markets by introducing new parameters in the commercialization of cryptocurrencies that are developed in a virtual space free of borders and nationalities. The growing interest in the acquisition of virtual currencies, the lack of regulation at the national and international level and the increase in cyberattacks and thefts have raised different conflict-of-law problems. The fact operations are carried out in cyberspace between people located in different places and the decentralized nature of *DLT* makes it necessary to rethink the traditional connection factors, many of which are based on the *situs*, such as the habitual residence of the parties, the place where the contract has been concluded, the place where the company carries out its main activity or where its central administration is located, etc. In a cyber space where the transaction is carried out through the

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Privado. Universitat de Barcelona.

Blockchain, where the users can preserve the anonymity, traditional PIL connecting factors may be impossible to apply.

KEYWORDS: CONFLICTS-OF-LAW, LEX REI SITAE – CRYPTOCURRENCIES – BLOCKCHAINS – PRIVATE INTERNATIONAL LAW

I. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos han creado nuevos productos y formas de comercializarlos en la red. Los *Bitcoins* y el sistema de transferencia asociado a ellos, el denominado *Blockchain*, han revolucionado los mercados financieros introduciendo nuevos parámetros en la comercialización de las criptodivisas que se desarrollan en un espacio virtual libre de fronteras y nacionalidades. El creciente interés por la adquisición de criptomonedas, con fines predominantemente especulativos, la falta de regulación a nivel nacional e internacional y el aumento de ciberataques y robos ha planteado distintos problemas en el ámbito del Derecho Internacional privado a la hora de determinar la ley aplicable a dichas transacciones. El hecho de que las operaciones se realicen en el ciberespacio entre personas que se encuentran en distintos países y el carácter descentralizado de los *distributed ledger technologies (DLT)* hace necesario replantear los tradicionales puntos de conexión muchos de los cuales contienen un elemento de territorialidad, como puede ser la residencia habitual de las partes, el lugar en el que se celebra el contrato, el lugar donde la persona jurídica desarrolla su actividad principal o donde está su administración central, etc. En un espacio digitalizado en el que la transacción se realiza a través de *blockchain* (cadena de bloques) que garantiza el anonimato de las partes y en el que resulta difícil identificar el lugar desde el que se realiza la operación, dichos puntos de conexión pueden resultar imposibles de aplicar.

Por otro lado, problemas pueden surgir en el momento de la creación de los códigos criptográficos. Las personas que los desarrollan se pueden equivocar a la hora de introducir los datos de alguna de las partes. Una de las características más destacadas de las *blockchains* es que la información una vez introducida, no puede ser posteriormente modificada, ni tampoco se verifica por un órgano centralizado, sino que se valida por el resto de participante en la cadena (los denominados nodos). De esta forma, en una transacción de *Bitcoins*, por un error humano, dichas criptomonedas se pueden asignar a una persona distinta del adquirente. La irreversibilidad de la operación, garantizada por el mecanismo de transmisión y el posible anonimato de las partes que pueden operar desde distintos puntos del planeta, crea una serie de problemas jurídicos que se potencian por la falta de regulación jurídica y un rápido desarrollo tecnológico que amenaza convertir los análisis jurídicos en obsoletos.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado en una operación de adquisición de criptomonedas se plantea la cuestión de cuál es la ley aplicable a esta operación o cómo se pueden proteger los intereses de las partes en caso de fraude o robo. La DLT ofrece un mecanismo virtual y global de transferencia de los valores en el que puede resultar difícil identificar el Estado con el que la operación presenta los vínculos más estrechos. El carácter global y deslocalizado de estas operaciones se contrapone a la naturaleza predominantemente interna de las normas jurídicas creadas para regular las relaciones en un determinado territorio nacional.

Estos nuevos escenarios plantean la pregunta de si los tradicionales mecanismos empleados en el Derecho Internacional privado son suficientes para resolver los “ciberconflictos” o es necesario aplicar o incluso crear nuevos puntos de conexión adaptados a esta realidad digital y que proporcionen la previsibilidad y la seguridad jurídica que ofrecen las normas de conflicto actuales en relación con las transacciones que se realizan en la realidad material.

II. BLOCKCHAIN COMO SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE DATOS

1. Características

La tecnología *blockchain* (cadena de bloques) se creó en 2009 por Satoshi Nakamoto para proporcionar un sistema electrónico de pago sin la intervención de intermediarios financieros y dio una respuesta competitiva y segura a la crisis financiera de 2008 y a la pérdida de confianza en el sistema bancario y las autoridades centrales financieras¹. Su implementación fue acompañada de la puesta en circulación de la primera criptomoneda, el *Bitcoin*² cuyo éxito como tecnología de transferencia de datos llevó a la creación de más de 5500 criptodivisas como *Ether* o *Tether*³, así como extender su uso creando nuevos tipos de producto o servicios como los denominados *Smart contracts*⁴. El objetivo del *blockchain* es crear una base de datos global permitiendo el

¹ El anonimato garantizado por el sistema *blockchain* se aplica, asimismo, a su creador siendo éste el pseudónimo de una persona o un grupo de personas.

² S. Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” [<https://bitcoin.org/es/bitcoin-documento>].

³ Para más información sobre la cotización y la variedad de criptodivisas: [<https://coinmarketcap.com/>].

⁴ N. Szabo, “Smart Contracts”, 1994 [<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>]; C. Tur Fernández, *Smart contracts. Análisis jurídico*, Reus, 2018; G. Garriga Suau, “Blockchain-based smart contracts and conflict rules for business-to-business operations”, *REEL*, n° 41, 2021, pp. 4–6; J. M. Anguiano, “Smart contracts: Introducción al contractware”, *Diario La Ley Ciberderecho*, n° 24, enero 2019.

intercambio de *Bitcoins* y su carácter descentralizado elimina de la relación las terceras partes, como el banco central o intermediarios financieros. Unos años más tarde se creó el nuevo sistema, denominado *Ethereum*, con funcionalidades mejoradas como el uso de los *Tokens* y la implementación de los *Smart Contracts*.

La *blockchain* es un protocolo informático que permite la creación de “registros distribuidos” en los que se anotan todas las operaciones que se realizan en la cadena entre los participantes, *nodos* (red de ordenadores). Los datos se incluyen en los denominados “*blocks*” que están conectados entre sí a través de los así llamados “*hashes*” que son resúmenes o huellas cronológicas que se calculan para cada bloque individualmente. Por lo tanto, cada bloque contiene su propio *hash*, así como el de su predecesor lo que crea la cadena de bloques que no puede ser separada y los datos, una vez introducidos y confirmados por los nodos, no se puede borrar. Los nodos son dispositivos electrónicos, ordenadores en la mayoría de los casos, conectados entre sí en una red. Una de las particularidades de esta *distributed ledger technology (DLT)* es que las transacciones se realizan entre particulares, *peer-to-peer*, y no existe, en su formato original, una autoridad central que garantiza o control de las operaciones, sino que la información se guarda por los nodos. La transacción se podría describir de la siguiente manera. Si una persona quiere realizar un pago con criptomonedas, *Bitcoins* o *Ethereums*, la transacción se guarda en los nodos de la red en un espacio común en espera de su validación. La operación se completa cuando el algoritmo generado por el software se resuelva por un nodo y posteriormente se valida por el resto de los dispositivos conectados en la cadena. Los nodos que resuelven los algoritmos son conocidos como mineros que obtienen una remuneración en forma de *Bitcoins* al encontrar la solución. Cuando el minero resuelve el algoritmo y éste sea confirmado por al menos cincuenta por ciento del resto de nodos, la transacción se valida y se integra en un nuevo bloque que se añade a la cadena. Este nuevo bloque se incluye posteriormente en la cadena por el resto de los nodos y dado que cada nodo guarda una copia completa de la *blockchain*, hay muchas copias idénticas de todas las transacciones que se realizan de manera simultánea y sincronizada por los participantes en la red. El sistema funciona de manera colaborativa dado que no hay una jerarquía entre los usuarios o la forma de validar las operaciones, sino que éstas se aprueban por la mayoría de los miembros de la red.

En su formato original, la *blockchain* en la que se basa el *Bitcoin* es un registro público en el que pueden participar todas las personas interesadas, donde se intercambian valores a través de un sistema complejo de resolución de algoritmos y su validación⁵. Como registro público, la información que se guarda en los

⁵ V. Magnier y P. Barban, “The potential impact of blockchains on corporate governance: a survey on shareholders’ rights in the digital era”, *InterEULawEast: journal for the international and European law, economics and market integrations*, vol. 5, nº 2, 2018 pp. 189–226, esp. p.192.

bloques sobre la transacción realizada, los sujetos implicados y el objeto que tiene, se puede descargar por los nodos en todo momento y se pueden conocer las operaciones que se han realizado desde el momento de su creación. Sin embargo, la información almacenada tan sólo se puede *consultar*, pero no *modificar*. Para manipularla es necesario modificar el historial anterior guardado en los registros de todos y cada uno de los participantes en la red y validar dichos cambios a través del mecanismo de minería. La complejidad de funcionamiento de la *Distributed Ledger Technology* es la garantía de su inalterabilidad y permite la difusión de datos personales o información sobre la cuenta bancaria⁶.

En segundo lugar, la *blockchain* permite el intercambio seguro de valores, *bitcoins* o *tokens* (*Ethers* o *Ethereums*). Los *tokens* representan los derechos de recibir un servicio o el uso de prerrogativas como el voto en la Junta General de la compañía o el derecho de recibir los dividendos correspondientes⁷. Las compañías pueden usar las criptomonedas como método de financiación. Es habitual que las *start-ups* recauden fondos emitiendo *tokens* a cambio de criptomonedas.

Otra aplicación de los *tokens* son los *Smart contracts* (código informático autoejecutable) que hacen servir la fórmula “sí...entonces...”, es decir, si se cumplen determinadas condiciones, el programa informático procederá al envío de los *tokens* o el dinero o, en caso de incumplimiento, los bloqueará⁸. Un ejemplo sería un programa electrónico vinculado al préstamo bancario de la compra de un vehículo. Si el cliente paga la cuota mensual del préstamo, puede acceder al coche, pero si no abona la cantidad determinada en el contrato, el sistema informático bloquearía el vehículo limitando el acceso al usuario. Este procedimiento se ejecuta de manera automática sin la intervención humana⁹. Consecuencia directa es que la ejecución instantánea y autónoma de la operación hace obsoletos a los intermediarios, lo que se refleja directamente en el coste final

⁶ P. De Filippi y A. Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2018, p. 18.

⁷ J.M. Anguiano, “*Smart Contracts: Introducción al contractware*”, *loc. cit.*, p. 3 “*Tokenizar*” es representar matemáticamente un derecho o propiedad. Una secuencia de letras y dígitos (información) que los representa unívocamente y que se incorporan a un registro distribuido. Los “*tokens*” actúan como las fichas de un casino que representan un determinado valor en dinero de curso legal. Para poder transferir la titularidad de un bien o derecho, primero has de representarlo en un formato digital compatible con el protocolo que utilizas para transferirlo”.

⁸ C. Tur Fernández, *Smart contracts. Análisis jurídico*, Reus, 2018, p. 60; G. Garriga Suau, “Blockchain-based smart contracts...”, *loc. cit.*, p. 5; A.M. López Rodríguez, “Ley aplicable a los *smart contracts* y *lex cryptography*”, *CDT*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 441–459, pp. 443–345, A. Ortega Giménez, *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 30–31.

⁹ G. Ruhl, “Smart (legal) contracts, or: Which (contract) law for smart contracts?” en B. Cappelletto/ G. Carullo (eds.), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, p.2, [<https://ssrn.com/abstract=3552004>]; C. Lim/ T. Saw/ C. Sargent, *Smart contracts: Bridging the Gap Between Expectation and Reality*, Oxford Business Law Blog, 2016, [<https://www.law.ox.ac.uk/business-lawblog/blog/2016/07/smart-contracts-bridging-gap-between-expectation-and-reality>].

de la operación, abaratándola significativamente. La tecnología basada en la *blockchain* permite, asimismo, la creación de estructuras complejas como las denominadas *DAO –distributed ledger organizations–* que son entidades cooperativas entre empresas creadas para cumplir un determinado propósito común para todas las compañías participantes¹⁰. Hay muchas más aplicaciones prácticas de la *DLT* que se implementan a diario en la vida cotidiana que implican la transacción de productos o servicios susceptibles de ser transferidos a través de este sistema. Puede ser utilizada para rastrear los productos enviados de un lugar a otro o como medio de prueba dado que la información registrada no puede ser modificada.

Las criptomonedas solo se pueden guardar en carteras digitales. Cada usuario puede tener varias de estas carteras que se custodian en plataformas digitales o en un dispositivo electrónico como ordenador, tablet o teléfono. A cada cartera se asigna una clave pública y una clave privada con el fin de garantizar la seguridad de las transacciones en la *blockchain* y la privacidad de los colaboradores en la cadena. La clave pública se utiliza por la red para identificar los participantes en ésta, mientras que la clave privada les permite a éstos últimos hacer las transacciones preservando su identidad¹¹. Las criptodivisas se pueden perder si los participantes no pueden acceder a la cartera electrónica como consecuencia de la pérdida o del robo de la clave privada.

Mientras que el *Bitcoin* es una *blockchain* pública en la que puede participar cualquier persona, existen otro tipo de *DLT* que pueden condicionar la colaboración en una cadena al permiso previo de una autoridad central. Son los denominados *Blockchains* privados o semi-privados que conceden acceso solo a los participantes previamente aprobados. La intervención humana en estas *DLT* elimina la automatización de la ejecución sin afectar, sin embargo, a su naturaleza como *blockchain*¹².

2.. Riesgos jurídicos asociados a las criptodivisas

En su formato original, la *blockchain* se creó como un sistema de pago alternativo que permitía a los participantes realizar transacciones entre iguales

¹⁰ A.S. Zimmermann, “Blockchain Networks and European Private International Law” [<https://conflictoflaws.net/2018/blockchain-networks-and-european-private-international-law/>]; F. Möslin, “Conflicts of Laws and Codes: Defining the Boundaries of Digital Jurisdictions”, [<https://ssrn.com/abstract=3174823>] o [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3174823>], p. 4; P. De Filippi/ A. Wright “Decentralized blockchain technology and the rise of *Lex Cryptographia*”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664], p. 17>].

¹¹ C. Gorriz López, “Tecnología *blockchain* y contratos inteligentes”, *Inteligencia artificial. Tecnología y Derecho*, Susana Navas (coord.), 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp.151–196, p. 154.

¹² V. Magnier y P. Barban, “The potential impact of blockchains on corporate governance ...”, *loc. cit.*, p. 193.

(*peer-to-peer*) a través de un mecanismo que no requería los servicios de intermediarios financieros. Las criptomonedas con las que se remunera la actividad de los mineros no se emiten, ni controlan por una autoridad central reguladora, se generan por los mismos mineros resolviendo algoritmos¹³. La Directiva 2018/843 en su art. 3.b.18 define las monedas virtuales como “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”¹⁴. Las monedas virtuales no se califican como dinero, dado que no se emiten por una autoridad bancaria central y no se asocian a una moneda nacional legalmente establecida. No se emiten en forma física, sino en formato electrónico como medio de cambio en las transacciones que se realizan entre los particulares. La falta de un órgano central que los emita y controle los hace sumamente inestables y altamente especulativas, lo que justifica la desconfianza de la mayoría de las autoridades nacionales. En 2017 China ordenó el cierre de las plataformas electrónicas de negociación de *Bitcoins*, mientras que en Rusia en 31 de julio 2020 se aprobó la Ley Federal N°259-FZ sobre Activos Financieros Digitales y Monedas Digitales con la que se prohíbe el pago de bienes o servicios con activos digitales o criptodivisas¹⁵. Por otro lado, el 8 junio 2021 la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó la Ley *Bitcoin* con la que se regulará el pago de bienes y servicios en el territorio del país con *Bincoins*¹⁶.

En este sentido, la Unión Europea ha preparado una serie de iniciativas para regular la adquisición de monedas virtuales en los mercados financieros europeos publicando un paquete de medidas que comprende una nueva Estrategia de Finanzas Digitales que forma parte del Plan de Acción en materia de Tecnologías Financieras¹⁷. En su intención de proporcionar la adecuada respuesta a una realidad ya existente, la Comisión Europea ha publicado la Propuesta de

¹³ Banco Central Europeo, *Virtual Currency Schemes – A Further Analysis*, 2015 [<https://www.ecb.europa.eu/pub/html/index.en.html>].

¹⁴ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 mayo 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 156 de 19.6.2018, p. 43/74.

¹⁵ B. Bashilov, M. Galkina y A. Berman, “Digital financial assets and digital currency: legal nature and legal regulation of turnover”, *SHS Web of Conferences* 106, 02005 (2021) [<https://doi.org/10.1051/shsconf/202110602005>]. Sin embargo, tanto China ha implementado el yuan digital y Rusia está preparando una ley de la puesta en marcha del rublo digital (a fecha de 18/07/2021 cuando se escribía el artículo).

¹⁶ El texto de la Ley Bitcoin de El Salvador está en [<https://www.asamblea.gob.sv/node/11282>].

¹⁷ Comisión Europea: “Plan de acción en materia de tecnología financiera”, COM (2018) 109 final; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE, COM (2020) 591, de 23 septiembre 2020.

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (MiCA)¹⁸. El mencionado paquete de medidas incluye, asimismo, una propuesta de régimen sobre las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado (*DLT*) otra, relativa a la resiliencia operativa digital, así como una propuesta para aclarar o modificar determinadas normas conexas de la UE en materia de servicios financieros¹⁹. La necesidad de regulación de los mercados de negociación de criptoactivos aumenta con la aparición de las denominadas “criptomonedas estables mundiales” que incluyen elementos que ayudan estabilizar su valor y aprovechar los efectos de red derivados de las compañías que los emiten²⁰. El objetivo de la iniciativa europea es crear una base legal adecuada que responda al desarrollo tecnológico de las *DLT* proporcionando seguridad jurídica tanto a los mercados financieros europeos, como a sus participantes y más concretamente, a los consumidores y a los inversores. La Comisión Europea pretende ofrecer un marco jurídico sólido que defina claramente el tratamiento normativo de todos los criptoactivos no regulados por la legislación europea vigente en materia de servicios financieros. El nuevo marco jurídico europeo toma en consideración la innovación tecnológica proporcionando una regulación legal de los criptoactivos y las *DLT*, ambos en constante desarrollo e innovación.

La propuesta de regulación se hace después de un largo camino de consultas que no ha estado libre de debates sobre los riesgos y las ventajas que tienen los criptoactivos²¹. En sus consideraciones el Parlamento Europeo destaca que la competitividad de los mercados financieros europeos requiere una respuesta adecuada de las instituciones europeas, incluida la creación del euro digital²².

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2020)593 final [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>]; Dictamen del Banco Central Europeo de 19 febrero 2021 sobre una propuesta de reglamento relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (CON/2021/4) 2021/C 152/01, DO C 152 de 29.4.2021, p. 1/9

¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, COM(2020) 594; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital para el sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1060/2009, (UE) n° 648/2012, (UE) n° 600/2014 y (UE) n° 909/2014, COM(2020) 595; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2009/65/CE, 2009/138/UE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 y (UE) 2016/2341, COM(2020) 596.

²⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre Criptomonedas Estables del G-7: “Investigating the impact of global stablecoins”, 2019 [<https://www.bis.org/cpmi/publ/d187.htm>].

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 octubre 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre finanzas digitales: riesgos emergentes en los criptoactivos – Retos en materia de regulación y supervisión en el ámbito de los servicios, las instituciones y los mercados financieros (2020/2034(INL)) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0265_ES.html].

²² Cdo. 13 de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre 2020.

Llama la atención la especial preocupación del legislador europeo del uso de las criptodivisas como medio de pago de actividades ilegales como la compra y venta de productos y servicios ilegales, el blanqueo de capitales y los pagos de ataques con programas de secuestro, vinculando el *Bitcoin* con el desarrollo de actividades criminales por un valor de 76.000 millones de dólares estadounidenses²³. En este sentido destaca la necesidad de abordar de manera efectiva los riesgos que plantea la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La falta de la condición de moneda de curso legal no impide que las partes de un contrato acuerden que el pago se haga en criptomonedas, por ejemplo, *Bitcoins*. La transacción se realiza y valida rápidamente por un coste muy bajo, en parte, por la ausencia de intermediarios financieros o comisiones por el cambio de las divisas²⁴. Otra de las características de las *Blockchains* es que proporcionan anonimato a las partes, de modo que las personas interesadas pueden pagar con *Bitcoins* o recibir un pago con estas criptodivisas preservando oculta su personalidad. La privacidad está garantizada a través del sistema de firmas electrónicas y contraseñas, una pública y otra privada. El único elemento visible es la clave pública que aparece en la *blockchain* al lado de cada transacción. La identidad de la persona queda oculta para los demás participantes en la cadena que, en general, no pueden activar la clave privada en la que se almacenan los datos personales²⁵. El carácter público de la blockchain permite comprobar todas las transacciones realizadas con anterioridad, al mismo tiempo que el sistema de verificación garantiza que la información guardada en la cadena no pueda ser modificada, borrando o añadiendo datos²⁶.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado estas características de las *DLT* pueden provocar algunos problemas a la hora de determinar cuál es la ley aplicable en caso de conflicto entre las partes en una transacción. Los *nodos* pueden estar situados en distintos puntos del planeta y la falta de un órgano centralizado de verificación de las operaciones dificultan la determinación del ordenamiento jurídico mejor vinculado con la *blockchain*. Se insiste en parte de la doctrina que el Código es Derecho (*Code is law*)²⁷, pero ¿qué pasa si no lo es?

²³ “Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity Is Financed Through Cryptocurrencies”, *The Review of Financial Studies*, vol. 32, nº 5, 2019, pp 1798–1853 [<https://doi.org/10.1093/rfs/hhz015>].

²⁴ P. De Filippi y A. Wright “Decentralized blockchain technology ...”, *loc. cit.*, p. 7.

²⁵ Este anonimato, sin embargo, no es absoluto, es posible que la otra parte conozca la identidad de la persona que tiene la contraseña privada, por ejemplo, abonando los *Bitcoins* del vendedor de un coche o un barco.

²⁶ S. Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, *loc. cit.*, p.15

²⁷ L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999; P. De Filippi/S. Hassan, “Blockchain technology as a regulatory technology: from Code is Law to Law is Code”, *First Monday* 21, 2016, DOI:10.5210/fm.v21i12.7113; M. Filby, “Code is Law? Assessing architectural file sharing regulation in the online environment”, *J. Int’l Comm. L. & Technology*, 81, 2013, SSRN:

¿Quién es el titular de las criptodivisas? ¿Qué ordenamiento jurídico regulará la situación litigiosa si el código de programación no ha incluido la resolución de este conflicto o si el mismo código es incorrecto? Los códigos se programan por personas físicas que pueden equivocarse y asignar como destinatario de las criptomonedas a una persona que no es el vendedor del producto o el servicio. Es posible, por otro lado, que la cartera digital sea jaqueada y vaciada, como pasó con varios titulares de *Ethereums*. Aunque sea cierto que la tecnología de *Blockchains* proporciona un mecanismo electrónico de ejecución sin la intervención humana, la esfera jurídica de la relación entre las partes implicadas en estas transacciones presenta importante incerteza. En este sentido, ¿se pueden aplicar los puntos de conexión tradicionales del Derecho internacional privado que utilizan criterios geográficos como la residencia habitual, el lugar de situación del bien o el lugar de ejecución del contrato o el lugar en el que se produce el daño o es necesario crear unos nuevos criterios, adaptados a la realidad digital?

III. CRIPTOMONEDAS Y CONFLICTO DE LEYES

1. Blockchain vs. sociedad

La primera cuestión que se plantea es sobre la calificación de la relación que se establece entre los participantes de la cadena. El proceso de verificación implementado en la *blockchain* requiere una cierta cooperación entre los nodos, que puede crear la sensación de que haya un acuerdo previo entre ellos y que se puede calificar como una especie de empresa. En términos de Derecho internacional privado, esto significaría que la relación, incluidos los conflictos entre los participantes de la red, se regirían por la ley personal de la compañía. La *lex societatis* regula la constitución de la sociedad, la organización interna, las relaciones con los socios, los acreedores, los accionistas y los trabajadores, así como su disolución. Considerar el régimen cooperativo de la *blockchain* como una sociedad plantea problemas importantes. En primer lugar, se ha de determinar cuál es la *lex societatis*, lo que implicaría transferir a las *DLT* el eterno conflicto entre la teoría de la constitución y la teoría de la sede²⁸.

[<<https://ssrn.com/abstract=2239305>>]; T. Wu, "When Code Isn't Law", SSRN: [<<https://ssrn.com/abstract=413201>>].

²⁸ R. Arenas García, "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales", *Derecho de los Negocios*, 1996, año 7, nos. 70/71, pp. 11–26; R. Arenas García, "Ambito de la *lex societatis*", epígrafe 3 del Capítulo VIII de J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 232–242; R. Arenas García, "Sociedades", capítulo 3 en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 171–244; B. Vilà Costa/R. Arenas García, "Movilidad y transformación internacional de sociedades", capítulo V de J.M. Álvarez Arjona/A. Carrasco Perera (dirs.), *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Navarra, Gómez-Acebo & Pombo. Abogados/Aranzadi, 2004, pp.

Algunos países siguen la teoría de la constitución de acuerdo con la que la sociedad se rige por la ley del Estado en el que se ha constituido y donde se encuentra su sede estatutaria²⁹. Otros aplican la teoría de la sede al considerar que la sociedad se rige por la ley del Estado en el que está su administración central o donde desarrolla su actividad principal. Este enfoque plantearía problemas adicionales, dado que ninguno de los puntos de conexión aplicados a las sociedades se puede utilizar para las *Blockchains*, dado que éstas últimas existen solamente en el espacio electrónico y, sobre todo, no requieren una inscripción inicial en un registro mercantil, no tienen una estructura jerárquica, ni tampoco desarrollan su actividad en ningún Estado. Aunque sea cierto que la resolución de los algoritmos por los mineros se premia con criptomonedas, este hecho no se puede calificar como una relación entre empresa y socio o trabajador. Difícilmente, por lo tanto, la estructura de la cadena de bloques se podría asemejar a la corporativa. A pesar de que existen organizaciones cooperativas entre empresas basadas en la *blockchain* que tienen una estructura empresarial, como la *DAO*, aplicar los puntos de conexión tradicionales basadas en criterios geográficos para determinar la ley aplicable, sería contradictorio. La única posible solución sería que los mismos participantes en la cadena elijan la ley aplicable a su relación y esto se codifique de igual manera que el resto de información que contiene cada bloque. Antes de abrir la “caja de Pandora” del Derecho internacional de sociedades y entrar en los debates de la teoría de la sede y la teoría de la constitución, se ha tomar en consideración que la colaboración entre los nodos en la *DLT* es cooperativa en sentido técnico, pero no jurídico³⁰. No es necesario que haya un acuerdo previo, escrito o

223–253; F.J. Garcimartín Alférez, “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 252, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho de Sociedades), pp.131–142; F.J. Garcimartín Alférez, “Derecho de sociedades y conflictos de leyes: la determinación de la *Lex societatis* y su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de derecho judicial*, n° 19, 2004 (Ejemplar dedicado a: Novedades legislativas en materia de sociedades), pp. 67–176; F.J. Garcimartín Alférez, “Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable”, *Instituciones de derecho privado* / coord. por J.F. Delgado De Miguel, vol. 6, t. 1, 2003 (*Mercantil. Derecho de sociedades. Parte general* / coord. A. Fernández-Tresguerres García), pp. 21–154; S. Sánchez Lorenzo, “El derecho europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: la relevancia de la ‘sede real’ en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115–158; S. Rammeloo, “Recognition Theories: Private International Law Treaties and EC Law”, *Corporations in private international law a European perspective* Oxford [etc.] Oxford University Press cop. 2001, pp. 9–24; M. Menjucq, “La mobilité des sociétés dans l’espace européen”, *Rev. int. dr. comp.*, n° 50–1 pp. 273–274; L. Baelz y T. Baldwin, “The End of the Real Seat Theory (*Sitztheorie*): the European Court of Justice Decision in *Ueberseering* of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law”, *German L.J.*, vol. 3, n° 12, 2002; J.C. Dammann, “The future of co-determination after *Centros*: Will German corporate law move closer to the U.S. model?”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2003.

²⁹ C. Gerner-Beuerle, F.M. Mucciarelli y E.-P. Schuster/Siems, “Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies”, *Yearb. Eur. L.*, 2020, pp.1–40, [<https://doi.org/10.1093/yel/yeaa007>], p. 7.

³⁰ A. S. Zimmermann, “Blockchain Networks...”, *loc. cit.*, p. 2.

verbal, entre los cooperantes, lo que es requisito imprescindible para su consideración como sociedad mercantil. Por lo tanto, las normas del Derecho de sociedades no se pueden aplicar.

2. Blockchain vs. *contrato*

En el ámbito europeo, las normas de conflicto en materia civil y mercantil, están previstas en el Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales (RR I) y el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales³¹. Para aplicar estos instrumentos europeos en los conflictos que se producen en las *DLT* es necesario comprobar si se les puede calificar contrato o daño extracontractual. La relación entre los participantes en la cadena de bloques no tiene por qué basarse a un contrato comprendido como “un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra” en términos de Derecho internacional privado europeo. El concepto de “materia contractual” es un concepto autónomo que ha sido definido en la reiterada jurisprudencia del TJUE en la que se subraya 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”³². La 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 objetiva la ley aplicable, vinculando el litigio con un determinado ordenamiento jurídico. Este compromiso entre los participantes en la *blockchain* no se puede identificar, de modo que la relación entre ellos, en un principio, no se puede calificar como contractual. No obstante, la participación en la cadena sí que está subordinada a unos determinados pactos. Los participantes se comprometen a cumplir un objetivo creando la *blockchain*. Cuando la *DLT* se ha utilizado por las partes como instrumento para conseguir un propósito común, materializado, por ejemplo, en un *smart contract*, esta relación puede servir como

³¹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) DO L 177 de 4.7.2008, pp. 6/16; Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007, pp. 40–9.

³² STJ 5 diciembre 2019, Asunto 421/18, *Ordre des avocats du barreau de Dinant contra JN*, ECLI:EU:C:2019:1053, apartados 25 y 26; Sentencia de 8 mayo 2019, *Brian Andrew Kerr contra Pavlo Postnov y Natalia Postnova*, C-25/18, ECLI:EU:C:2019:376, apartados 24 y 25; R. Arenas García, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIP*, t. VI, 2006, pp. 393–415, pp. 398–399; F. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho conflictual en Europa el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, n° 6811, 2007, pp. 1–19, p. 4.

punto de conexión a los efectos de determinar la ley aplicable³³. El acuerdo inicial entre las partes que lleva al compromiso encriptado posteriormente en la *blockchain* sería determinante para el tratamiento jurídico de la relación. Esta vinculación, sin embargo, no se ha de aplicar en términos absolutos, sino que se ha de hacer con determinados matices, tomando en consideración los propósitos de la *blockchain* y el tipo de *smart contract*³⁴. El incumplimiento de estos compromisos, por lo tanto, se regulará por las normas de conflicto previstos en el RRI.

Las normas jurídicas tradicionales destinadas a regular las relaciones que se crean en una realidad de objetos físicos, determinan quién es el propietario legítimo y cómo se transmite su propiedad. Condición indispensable es el acuerdo entre las partes y, en caso de compraventa, el pago del precio acordado y la entrega de los productos³⁵. Todos estos elementos de la relación se toman en consideración por las normas de Derecho internacional privado como puntos de conexión para determinar la competencia judicial internacional o la ley aplicable. Son elementos objetivos que presentan un vínculo suficiente entre el litigio y un determinado ordenamiento jurídico. Las transacciones electrónicas basadas en la tecnología *blockchain* ponen en duda la aplicabilidad de estos criterios tradicionales. La *DLT* no requiere la existencia de un acuerdo formal entre las partes, tan sólo se basa en el cumplimiento de determinados requisitos técnicos como son la firma electrónica de los participantes y la clave pública y privada. La *blockchain* es un mecanismo electrónico de transacción que existe solo en el espacio virtual que no conoce de fronteras, ni de nacionalidades, lo que tiene como consecuencia que sea imposible identificar el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el litigio. Los criterios utilizados en el derecho internacional privado como puntos de conexión para determinar la ley aplicable se basan en elementos geográficos que sitúan la relación en una determinada jurisdicción nacional. No es así en caso de las *DLT* que son completamente deslocalizado y no presentan conexión alguna con un Estado³⁶. Estas características han inspirado la creciente opinión en una parte de la doctrina que la *blockchain* se ha de regir no por disposiciones jurídicas estatales, sino por normas supranacionales adaptadas a las particularidades de la era digital, llamadas *lex criptográfica*³⁷. El sistema electrónico de transferencia de datos, de hecho, es

³³ P. De Miguel Asensio, "Blockchain and smart contracts relating to copyright: jurisdiction and applicable law", *La tecnologia blockchain e il diritto d'autore: miraggio o realtà?*, 2019, pp. 41–53, p. 43; A.S. Zimmermann, "Blockchain Networks...", *loc. cit.*, p. 3.

³⁴ F. Guillaume, "Aspects of private international law...", *loc. cit.*, p. 58.

³⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980, BOE 30.1.1991.

³⁶ F. Guillaume, "Blockchain: le pont du droit international privé entre l'espace numérique et l'espace physique", en I. Pretelli (ed.), *Conflict of laws in the case of digital platforms*, Schusthess, 2018, pp. 163–189, pp. 182–186; M. Lehmann, "Who owns Bitcoin...", *loc. cit.*, p. 5.

³⁷ P. De Filippi y A. Wright "Decentralized blockchain technology...", *loc. cit.*, p. 19; M. Dell'Erba, "Demystifying Technology. Do Smart Contracts Require a New Legal Framework?"

la prueba fehaciente de que las transacciones basadas en la *DLT* son autoejecutables y autosuficientes y no requieren la intervención de abogados, notarios o intermediarios financieros. A lo mejor, en un futuro la seguridad jurídica y tecnológica que proporcionan, la rapidez con la que se ejecutan y los bajos costes les ganará un sitio importante en el comercio internacional.

3. Las criptodivisas – medio de pago o valores

En las transacciones comerciales tradicionales hechas en la realidad física se utilizan estas mismas características físicas de los objetos para definir la relación. Se emplean términos como “propietario”, “propiedad de los muebles o inmuebles”, “pagar el precio”. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías establece en el art. 30 que “el vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”. Al mismo el art. 53 define las obligaciones del comprador al establecer que “el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”. Pero, ¿pueden estos conceptos también aplicarse a las transacciones basadas en la tecnología *blockchain* y a las criptomonedas, en particular al *Bitcoin*? ¿Se puede considerar compraventa una transacción comercial en la que el precio de los productos se paga en criptodivisas?

Como se explicó en las páginas anteriores, el *Bitcoin* y las otras monedas virtuales no se califican como dinero, no tienen la consideración de moneda en curso legal. La razón principal es que no se emiten ni garantizan por un banco central o por una autoridad pública³⁸. Por otro lado, el hecho de que no estén vinculadas con una moneda en curso legal las hace altamente volátiles³⁹. Las criptodivisas tiene dos propósitos, la primera es especulativa, se adquieren como inversión con propósitos de obtener una alta rentabilidad comprándolos a un precio y vendiendo a otro, más alto. En segundo lugar, es una forma de pago reconocida por las partes en una relación entre particulares (*Peer-to Peer*). Si

Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation”, 2018 [<https://ssrn.com/abstract=3228445>]; T. Schrepel, “Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law versus Lex Cryptographia”, 2019 en *General Principles and Digitalisation*, Hart Publishing, 2020, [<https://ssrn.com/abstract=3485436>]; G. Dimitropoulos, “The Law of Blockchain”, *Washington L. Rev.*, n.º3, vol. 95, 2020, pp. 1117–1192 [<https://ssrn.com/abstract=3559970>]; M. Schillig, “‘Lex Cryptographia,’ ‘Cloud Crypto Land’ or What? – Blockchain Technology on the Legal Hype Cycle”, *King's College London Law School Research Paper*, 2021 [<https://ssrn.com/abstract=3804197>].

³⁸ Banco Central Europeo, *Virtual Currency Schemes...*, cit. pp. 9–10.

³⁹ C. Conesa “Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?”, *Banco de España*: www.bde.es.

ambas partes están de acuerdo que el precio del producto o del servicio prestado se abone en criptomonedas, la transacción sería válida. Sin embargo, distinto sería el tratamiento jurídico que se dará a esta relación. La falta de consideración de las monedas virtuales como dinero no permite calificar la operación como compraventa de productos. La calificación de la relación es importante en términos del Derecho internacional privado, dado que, en función de esto, serán de aplicación unas u otras normas relativas a la determinación de la competencia judicial internacional o de la ley aplicable.

El *Bitcoin* y las otras monedas virtuales se diseñaron como medio de pago en el comercio electrónico⁴⁰. Si las monedas virtuales no se consideran dinero, no se puede hablar de pago del precio y, por lo tanto, la relación jurídica no se puede calificar como un contrato de compraventa. Si no es compraventa, ¿significa que es una permuta? El art. 1538 Cc define la permuta como un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. Por lo tanto, para la adquisición de unos productos que se pagan con monedas virtuales, en caso de conflicto el art. 4 RR I no se puede aplicar.

Si las criptodivisas no son dinero, pero son objeto de inversión, se podrían calificar como título-valor o como activos financieros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo la ocasión de calificar las operaciones de cambio de la divisa virtual *Bitcoin* por divisas tradicionales en el asunto C-264/14⁴¹. En el litigio principal se enfrentan *Skatteverket* (administración tributaria sueca) y el Sr. Hedqvist, en relación con un dictamen previo emitido por la *Skatterättsnämnden* (Comisión de Derecho Fiscal) sobre la sujeción al impuesto del valor añadido de las operaciones de cambio de divisas tradicionales por la divisa virtual *Bitcoin*, o viceversa, que el Sr. Hedqvist deseaba realizar por medio de una sociedad. El Sr. Hedqvist quería realizar las operaciones exclusivamente por internet a través de una sociedad que adquiriría los *Bitcoins* directamente de particulares o bien de bolsas de cotización de monedas virtuales y las revendería posteriormente quedándose con la diferencia en el precio. De modo que el Sr. Hedqvist adquiriría *Bitcoins* y los cambiaría por coronas suecas. El órgano jurisdiccional remitente preguntó al TJUE si estas operaciones constituían prestaciones de servicios realizadas a título oneroso. En su decisión el Tribunal de Luxemburgo establece que tanto las divisas virtuales que se intercambian en este tipo de operaciones, como las divisas tradicionales no se pueden calificar como “bienes corporales” dado que se crearon con el propósito de ser un medio de pago⁴². Al analizar las operaciones, el TJUE declara que

“... constituyen prestaciones de servicios realizadas a título oneroso, en el sentido de esta disposición, unas operaciones como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un

⁴⁰ S. Nakamoto, “Bitcoin: peer-to-peer...”, *loc. cit.*, p. 2.

⁴¹ STJ 22 octubre 2015, *Skatteverket contra David Hedqvist*. ECLI:EU:C:2015:718.

⁴² Cdo. 24.

intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual “bitcoin”, y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes”.

Por otro lado, estima que las monedas virtuales tampoco se pueden calificar como títulos-valores, dado que no confieren un derecho de propiedad sobre las personas jurídicas, ni un título que tenga una naturaleza comparable⁴³. De modo que tampoco se pueden calificar como valores negociables a los efectos del art. 4.1.44 Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros⁴⁴.

La siguiente pregunta que se plantea es si las criptodivisas se pueden considerar activos financieros a los efectos de la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación (SFD), y de la Directiva 2002/47/CE sobre garantías financieras (FCD)⁴⁵. Ambos instrumentos regulan las infraestructuras de los mercados financieros y contienen disposiciones sobre conflictos de leyes —el art. 9.2º de la SFD y el art. 9 de la FCD—. Sin embargo, las infraestructuras y transacciones a las que se dirigen son convencionales. La Directiva sobre la firmeza de la liquidación se ocupa de los sistemas de pago y liquidación de valores, en los que se negocia las divisas tradicionales como euros, dólares y los instrumentos financieros convencionales, como acciones y bonos. La Directiva sobre garantías financieras se refiere a las garantías proporcionadas en efectivo o en instrumentos financieros. Si las monedas virtuales se pueden considerar activos financieros, la ley aplicable a estas transacciones se determinará por las normas de conflicto previstas en ambas Directivas. De acuerdo con el art. 9.2º Directiva 98/26/CE la constitución de una garantía mediante valores inscritos en un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado situados en un Estado Miembro, la determinación de los derechos de éstos últimos se hará de acuerdo con la ley de este EM⁴⁶. El art. 9 Directiva 2002/47/CE aplica el mismo criterio

⁴³ Cdo. 54 y 55; European Parliamentary Research Services, *Bitcoin Market, economics and regulation* [<http://www.eprs.ep.parl.union.eu>], p. 7.

⁴⁴ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 173 de 12.6.2014, p. 349/496.

⁴⁵ Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 mayo 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DO L 166 de 11.6.1998, p. 45/50; Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DO L 168 de 27.6.2002, p. 43/50.

⁴⁶ Art. 9.2º Directiva 98/26/CE: “Cuando se constituya una garantía mediante valores (inclusive derechos sobre valores) en favor de participantes y/o bancos centrales de los Estados miembros o del futuro Banco Central Europeo, tal como se describe en el ap. 1, y su derecho (o el de cualquier mandatario, agente o tercero que actúe en su nombre) respecto de los valores se inscriba legalmente en un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado con sede en un Estado miembro, la determinación de los derechos de dichas entidades como acreedores pignoratícios sobre dichas garantías se regirán por el Derecho de dicho Estado miembro.”

del lugar de situación de la cuenta al prever que las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica y los efectos de la garantía prendaria de anotaciones en cuenta, su constitución, los derechos o su ejecución se regirán por la ley del Estado Miembro en el que se encuentra la cuenta principal⁴⁷. La consideración de las criptomonedas como activos financieros ha de ser descartada, sin embargo, dado que tienen valor por sí mismas y no representan un derecho de cobro que exige la contrapartida de un pasivo financiero en otra compañía⁴⁸.

V. LEY APLICABLE EN CASO DE ERROR EN LA IDENTIDAD DEL DESTINATARIO DE LAS CRIPTOMONEDAS

Las criptodivisas quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de la UE en materia de instrumentos financieros. Su carácter híbrido provoca que no sean consideradas divisas de curso legal, como título valor o instrumento financiero. Los análisis financieros concluyen que presentan características tanto de monedas como de materia prima⁴⁹. Esta ambigüedad tiene como consecuencia que cada Estado regule de manera distinta las monedas virtuales. En Japón se consideran materia prima, en los Estados Unidos, Canadá y Reino Unido se les califica como propiedad, mientras que, en Alemania, tienen el estatus de dinero privado⁵⁰. En la Propuesta de Reglamento MiCA los criptoactivos se definen como “una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar” en la que se incluyen las monedas digitales dado que pueden ser objeto de negociación y almacenados en archivos electrónicos mediante la DLT⁵¹.

⁴⁷ Art. 9 Directiva 2002/47/CE: “Toda cuestión relativa a cualesquiera de los temas especificados en el ap. 2 en relación con una garantía prendaria de anotaciones en cuenta se regirá por la legislación del país en que se encuentre la cuenta principal. La referencia a la legislación de un país es una referencia a su legislación nacional, desestimando toda norma en virtud de la cual, para decidir la cuestión relevante, se tuviera que hacer referencia a la legislación de otro país.”

⁴⁸ M.J. García-Torres, “Problemas en la tributación de las operaciones con Bitcoins: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas”, VI *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, dir. C. García-Herrera Blanco, nº 10, 2018 [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf], p. 91>].

⁴⁹ European Parliamentary Research Service, “Bitcoin: Market, economics and regulation”, 2014, p.7; L. Klöhn/ N. Parhofer, “Bitcoin under European and German banking and capital market laws”, 2018 [<https://ssrn.com/abstract=3287189>], p. 11.

⁵⁰ M. Ng, “Choice of law for property issues regarding Bitcoin under the English law”, *Journal of Private International Law*, 15:2, 315–338, DOI: 10.1080/17441048.2019.1649235; R. Sarel, “Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 22, nº 3, 2021 SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=3542545>], pp. 31–35.

⁵¹ P. De Miguel Asensio, “Propuesta de Reglamento sobre los mercados de criptoactivos en la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 85, 2020.

Las monedas digitales son bienes intangibles, no existen en forma física, sino que representan valores o derechos y tiene valor económico⁵². Desde el punto de vista jurídico, es necesario distinguir entre las criptodivisas como unidades de cuenta y el protocolo *Bitcoin* que regula las normas del registro compartido. Esta distinción permite analizar el primero desde la perspectiva jurídica y el segundo, tecnológica. Por lo tanto, las monedas virtuales se pueden tratar como bienes, como bienes intangibles a las que se le pueden aplicar las normas sobre propiedad, aunque con una importante distinción⁵³. El dinero físico también se califica como propiedad y queda protegido por las normas jurídicas como un derecho *in rem*. Las monedas virtuales, sin embargo, como bienes intangibles quedan protegidas por los derechos *in personam*⁵⁴. Tal consideración permite resolver jurídicamente los problemas que pueden surgir en la práctica de la posesión de monedas virtuales como un error en la transferencia de las divisas, fraude, robo o insolvencia de los intermediarios financieros que custodian la cartera digital u ofrecen las criptodivisas a negociación en bolsas digitales.

Puede que la tecnología *Blockchain* como mecanismo de transferencia de datos sea seguro, incluso infalible. Sin embargo, la intervención humana es imprescindible para su puesta en marcha en el momento de la transferencia de las criptomonedas en la que se introducen los datos personales del transferente y del receptor. Es posible que se produzca un error involuntario en la introducción de estos datos y las divisas acaben perteneciendo, desde el punto de vista técnico, a otro usuario. No será así desde una perspectiva jurídica. En este caso, comprobando los datos guardados en el bloque correspondiente de la cadena se puede identificar la persona a la que se han transferido las criptodivisas. Dado que no hay una relación contractual entre las partes implicadas en el conflicto, las normas del RR I no se pueden aplicar para determinar la ley aplicable. La relación extracontractual obliga a aplicar el RR II que en su art. 4.1º lleva a la ley del Estado en el que se produce el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño y cualquiera que sea el país en el que se producen las consecuencias indirectas. El problema, desde el punto de vista del Derecho internacional privado es identificar el lugar en el que se produce el daño en caso de un error en la identidad del receptor de las monedas digitales. La transacción se realiza en el espacio digital lo que hace imposible aplicar el criterio tradicional, previsto en el art. 4.1º RR II basado en una localización

⁵² P. McCullum, "Bitcoin: Property or Currency?" *Tax Notes*, vol. 148, no. 8, 2015, at SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2708188>]; P. Hurich, "The virtual is real: an argument for characterizing Bitcoins as private property, *Backing and Financial L. Rev.*, 2016, nº31, pp.573, 574-75.

⁵³ M. Lehmann, "Who owns Bitcoins...", *loc. cit.*, p. 8.

⁵⁴ K. F. K. Low y E. Teo, "Legal risk of owning cryptocurrencies", *Handbook of Blockchain, Digital Finance, and Inclusion*, vol.1, 2018, pp. 225-247, p. 7. Los autores sostienen que "In terms consistent with the Roman classification, the difference may crudely be described as the distinction between owning something (in the case of corporeal money) and being owed something (in the case of incorporeal money)".

geográfica⁵⁵. En las transacciones de criptodivisas el *situs* como criterio para determinar la competencia judicial internacional o la ley aplicable resulta imposible de emplear. La identidad de la persona a la que se han transferido las criptodivisas puede ayudar a conocer su lugar de residencia habitual, pero este caso concreto el dato no es relevante para la determinación de la ley material aplicable que regulará la relación litigiosa. El art. 4.1º RR II prevé como criterio el lugar de producción del daño y no el de la residencia habitual de demandado. Por otro lado, el ap. 3 del art. 4 RR II permite aplicar la ley del Estado con el que el litigio presenta los vínculos manifiestamente más estrechos. En caso de error en la transmisión de las monedas virtuales, dado que la operación de realiza en el especio digital en el que no existen las delimitaciones geográficas de la realidad física, el tribunal que resulte competente ha de hacer un análisis exhaustivo de la relación para determinar este Estado.

La segunda frase del art. 4.3º RR II podría ofrecer una posible solución adecuada para el ejemplo descrito. La norma indica que este vínculo más estrecho podría estar basado en una relación previa entre las partes como, por ejemplo, un contrato que presenta los vínculos suficientes con el hecho dañoso. El error en la identidad del receptor normalmente ocurre cuando el emisor de las monedas digitales las quiere transmitir a otra persona con la que tiene algún tipo de acuerdo. Si es una compraventa, el remitente transmite las criptodivisas a cambio de monedas en curso legal, la ley aplicable, de acuerdo con el ap. 3 del art. 4 RR II puede ser la ley que rige este contrato. Dicha norma remite al Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales que en su art. 4.1º. a) prevé que el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del Estado en el que el vendedor tiene su residencia habitual, mientras que la letra b) establece que a falta de elección (válida), el contrato de compraventa de prestación de servicios se regirá por la ley del Estado en el que el prestador del servicio tiene su residencia habitual. Tomando en consideración la decisión del TJUE en el asunto *Hedqvist*, en el supuesto comentado será de aplicación la letra b) del art. 4.1º RR I, de modo que la ley que regirá finalmente la responsabilidad de la persona a la que se le han transferido erróneamente las monedas virtuales, será la ley del Estado del vendedor de las mismas. Si el error se ha cometido en el marco de un contrato de adquisición de las divisas virtuales a través de una bolsa en la que se negocian las mismas, de acuerdo con el art. 4.1º.h) RR I, la responsabilidad del remitente se regirá por la ley del Estado que regula el mercado secundario de negociación de criptomonedas, siempre y cuando hay una normativa que regule este tipo de transacciones.

⁵⁵ P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, nº 140, 2009, pp. 695–726; MªA. Rodríguez Vázquez, “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 167–179; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 2019, pp. 393–403.

VI. LEY APLICABLE A LAS CRIPTODIVISAS EN CASO DE ROBO,
FRAUDE O INSOLVENCIA DEL OPERADOR

Tal relación preexistente no se observa o es difícil de presuponer, sin embargo, en caso de robo o adquisición fraudulenta de las criptomonedas a través de extorsión. A pesar de que la tecnología *Bitcoin* asegura ser difícilmente vulnerable, se han aumentado notablemente los casos de robo de las criptodivisas. Los hackers pueden entrar en el ordenador personal del titular de las monedas digitales, robar la clave privada y transferir las monedas digitales a otro usuario o a una cuenta privada que controlan⁵⁶. Por otro lado, es posible que el titular de las criptomonedas las haya transferido bajo amenazas o presión. En este caso, aunque la transacción sea válida desde el punto de vista tecnológico dado que se cumplen todos los protocolos requeridos por la *Blockchain*, no lo será desde el punto de vista jurídico. La operación será nula por vicios en la voluntad de la persona que ha transferido las monedas digitales. El titular de las criptodivisas podrá buscar protección y exigir que se le devuelvan las monedas virtuales solo si conoce la identidad del que las ha sustraído. El sistema de doble clave en la que se basa la *Blockchain*, no permite conocer la identidad de la persona que está detrás de la contraseña privada⁵⁷. En el caso de que se sepa, sin embargo, y resulta posible restituirlas o pedir una indemnización, el carácter transnacional de la situación litigiosa requiere determinar la ley aplicable a ésta.

La falta de normas de conflicto uniformes obliga cada Estado regular estas situaciones individualmente y si el ordenamiento jurídico carece de disposiciones específicas en esta materia, las de derecho internacional privado, aunque aplicando los criterios tradicionales, pueden proporcionar algunas respuestas. En caso de robo o extorsión, no hay una relación preexistente entre las partes, por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo, serían de aplicación las disposiciones del RR II. Si, en caso de robo las criptomonedas se guardaban en la cartera digital, el lugar de materialización de daño será este. No obstante, la localización de la cartera digital resulta imposible localizar dado ésta también está en el espacio virtual, lo que hace inaplicable los criterios tradicionales del conflicto de leyes⁵⁸. El carácter digital del ilícito hace imposible determinar el lugar de producción del daño, de acuerdo con el art. 4 RR II. Una posible solución, sin embargo, se puede encontrar en la jurisprudencia del TJUE. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los criterios de determinar la competencia judicial internacional en caso de daños

⁵⁶ F. Guillaume, "Aspects of private international law...", *loc. cit.*, p.53; C. Conesa "Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago...", p. 23.

⁵⁷ Por esta misma razón los pagos con Bitcoins se utilizan para fines criminales. Banco Central Europeo, *Virtual Currency Schemes...*, *loc. cit.*

⁵⁸ F. Guillaume, "Aspects of private international law...", *loc. cit.*, p. 64.

provocados por internet⁵⁹. Aunque sea cierto que las sentencias analizan los art. 5.3º Reglamento 44/2001 y el art. 7.2º Reglamento 1215/2012, ambos en materia de competencia judicial internación, el cdo. 7 RR II permite emplear la interpretación de los conceptos aplicados en los primeros a las normas de conflicto previstos en el RR II⁶⁰. En materia de daños ocasionados por internet, el TJUE ha tomado en consideración las particularidades del espacio digital libre de fronteras estatales y ha establecido cuatro criterios en función de la naturaleza de los asuntos. El primero establece la teoría de la accesibilidad según que se atribuye competencia a los tribunales del lugar desde el que se puede acceder a los materiales publicados en Internet que causan el daño (asuntos *eDate* y *Oliver Martinez, Hejduk, Pinckey*⁶¹). El segundo aplica el criterio del “centro de interés” de la víctima que permita al perjudicado presentar la demanda ante los órganos judiciales del Estado Miembro en el que se entiende que éste opera, que normalmente coincide con el lugar de su residencia habitual o donde desarrolle su actividad principal. En materia de derechos de autor y propiedad intelectual el TJUE ha establecido el criterio del lugar del registro de estos derechos, aplicados en los asuntos *Wintersteiger* y *Coty Germany*⁶². Y en cuarto lugar, está la teoría de la focalización que atribuye competencia judicial internacional a los tribunales del lugar hacia cuyo público se ha dirigido el autor del daño⁶³. De estos cuatro criterios, el que mejor se podría adaptar a las transacciones de criptomonedas es el segundo, el “centro de interés” de la víctima, que en la mayoría de los casos

⁵⁹ G. Palau Moreno, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en J. Plaza Penadés, (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y TICs*, Aranzadi, 2006, p. 280; M.L. Villamarín López “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*, de 21 diciembre 2016”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018; M. Sabido Rodríguez, “Art. 7.2”, en P. Blanco-Morales Limón y F. Garau Sobrino (coord.), *Comentarios al Reglamento nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi, 2016, pp. 206; C. Cordero Álvarez, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 413; A. López-Tarruella Martínez El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet”, *REDI*, vol. 69, nº 2, 2017, pp. 223–256.

⁶⁰ Cdo. 7 RR II: “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 diciembre 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 (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32.

⁶¹ STJ 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, ECLI:EU:C:2011:685; STJ 22 enero 2015, Asunto C-441/13, *Pez Hejduk contra Energie Agentur.NRW GmbH*, ECLI:EU:C:2015:28, STJ 3 octubre 2013, asunto C-170/12, *Pinckey*, ECLI:EU:C:2013:635.

⁶² STJ 19 abril 2012, asunto C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220; STJ 5 junio 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318.

⁶³ STJ 18 octubre 2012, asunto C-173/11, *Football Dataco*, ECLI:EU:C:2012:642.

llevará a la residencia habitual de la víctima o del lugar desde el que realiza sus actividades profesionales. Aunque sea cierto que los usuarios podrían acceder a su cartera digital desde cualquier lugar del planeta y desde el punto de vista de la aplicación tradicional de las normas de conflicto esta solución no resulta ser del todo satisfactoria, en una situación en la que todos los hechos suceden en el espacio digital completamente transnacional y descentralizado, el centro de interés de la víctima resulta ser el único elemento factico estable que podría servir de vínculo entre el litigio y un determinado ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, es posible también que se haya jaqueado la plataforma digital en la que se ofrecían a negociación las criptodivisas o que dicho intermediario financiero resultara ser insolvente. En este caso, el perjudicado tiene derecho *in personam* contra el intermediario financiero. En estos supuestos, una posible solución, aunque aplicable tan sólo para las *Blockchain* privadas que requieren un permiso inicial para acceder a ellas (*permissioned DLT*), podría proporcionar la regla PRIMA en relación con los valores anotados en cuenta. La regla PRIMA lleva a la aplicación de la ley del Estado en el que se encuentra el registro del intermediario en el que éste realiza las correspondientes anotaciones de cada operación⁶⁴. A pesar de que las funciones del intermediario financiero pueden ser distintas de las de los operadores en un mercado digital de criptodivisas, la solución se podría adaptar a las particularidades de las transacciones de divisas virtuales llevando a la aplicación de la ley del lugar de la autoridad o del administrador de la *Blockchain* (*Place of the Relevant Operating Authority/Administrator [PROPA]*) o de la residencia habitual del que custodia la clave principal (*the Primary Residence of the Master Key Holder Approach [PREMA]*)⁶⁵. El Convenio de La Haya, sin embargo, tiene otros puntos a favor, puntos muy importantes que se podrían tomar en consideración en los supuestos litigiosos en materia de transacciones de criptodivisas. La ley designada por sus normas no sólo se aplica a las relaciones entre el intermediario y el cliente a cuyo nombre están anotados los valores en cuenta, sino también a los derechos de terceras personas vinculadas a dichos valores, de acuerdo con el art. 2 CH.

⁶⁴ B. Crawford, "The "PRIMA" Convention: choice of law to govern recognition of dispositions of book-based securities in cross border transactions", *CBLJ*, 2003, pp. 157–206, pp. 158–159; F. J. Garcimartín Alférez, I. Gómez-Sancha Trueba, "Los valores depositados en un intermediario: riesgos legales e intervención del legislador supranacional", *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, n° 1, 2007, pp. 75–130, pp. 77–81; I. Gómez-Sancha Trueba, "Indirect holdings of securities and exercise of shareholder rights (a Spanish perspective)", *CMLJ*, vol. 3, n° 1, enero 2008, pp. 32–57, pp. 39–42; L. Thévenoz, "Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law", *Stanford J. Law Bus. & Finance*, vol. 13, N°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", *European Business L. Rev.*, marzo/abril 2000, pp. 112–127; V. Andreeva, "La regla PRIMA: ¿Por qué ratificar el convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario?", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 857–888.

⁶⁵ M. Lehmann, "Who owns Bitcoins...", *loc. cit.*, p. 16.

Concretamente, tal y como establecen los arts. 7 y 8 dicha ley determinará el orden de prioridad en la cadena de acreedores. Los derechos de terceros están protegidos en dos casos: cuando las partes en el contrato de intermediación deciden modificar la ley aplicable que han elegido con anterioridad y en caso de insolvencia. Este mismo esquema podría adaptarse a las particularidades de las transacciones con divisas virtuales⁶⁶. Lamentablemente, esta solución no resulta apropiada las *Blockchains* abiertas en las que no hay una autoridad centralizada que ejerza un control.

VII. CONCLUSIÓN

Las normas del Derecho internacional privado están diseñadas para regular las situaciones que se producen en una realidad de objetos físicos en la que el *locus* de estos sirve como referencia para determinar la competencia judicial internacional o la ley aplicable. El carácter de las transacciones basadas en la tecnología *Blockchain* requiere soluciones adecuadas a sus particularidades. El presente trabajo expone los problemas habituales que pueden surgir como consecuencia de la adquisición de criptodivisas y concluye que las soluciones que ofrecen los criterios tradicionales para determinar el Derecho aplicable, aunque puedan ofrecer una posible respuesta, no siempre resultan adecuadas. El carácter descentralizado de las *DLT* y su existencia exclusivamente en el espacio digital hace imposible la identificación del *situs*, del lugar en el que dicha operación se lleva a cabo, o donde se produce el daño o donde se entregan las criptodivisas, o donde se localiza la cuenta en la que éstas se inscriben, o donde está la cartera digital en la que se guardan, etc. El análisis de la problemática desde el punto de vista del Derecho internacional privado requiere un enfoque distinto en el que el punto de partida no sea el *locus*. Las normas tradicionales del Derecho internacional privado que pretenden localizar físicamente la propiedad o la relación jurídica resultan ser represivas para una realidad que trasciende las fronteras y se produce en un espacio digital. La tecnología *Blockchain* puede ser una buena oportunidad para dar un paso adelante y adaptar las normas del Derecho internacional privado a los nuevos escenarios, cada vez más digitales, en los que se desarrollan las relaciones, personales o profesionales.

⁶⁶ F. Guillaume, “Aspects of private international law...”, *loc. cit.*, pp. 80–81

BIBLIOGRAFÍA

- Andreeva, V.: “La regla PRIMA: ¿Por qué ratificar el convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario?”, *AEDIPr*, t. XI, 201, pp. 857–888.
- Anguiano, J.M.: “Smart contracts: Introducción al contractware”, *Diario La Ley Ciberderecho*, nº 24, enero 2019.
- Arenas García, R.: “Ambito de la *lex societatis*”, epígrafe 3 del Capítulo VIII de J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 232–242.
- Arenas García, R.: “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, 1996, año 7, nos. 70/71, pp. 11–26.
- Arenas García, R.: “Sociedades”, capítulo 3 en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 171–244.
- Baelz, L. y Baldwin, T.: “The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law”, *German L.J.*, vol. 3, nº 12, 2002.
- Bashilov, B., Galkina, M. y Berman, A.: “Digital financial assets and digital currency: legal nature and legal regulation of turnover”, *SHS Web of Conferences* 106, 02005 (2021), [<https://doi.org/10.1051/shsconf/202110602005>].
- Conesa, C.: “Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?”, *Banco de España*: www.bde.es.
- Cordero Álvarez, C.: “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 413 ss.
- Crowford, B.: “The “PRIMA” Convention: choice of law to govern recognition of dispositions of book-based securities in cross border transactions”, *CBLJ*, 2003, pp. 157–206, pp. 158–159.
- Dammann, J.C.: “The future of co-determination after Centros: Will German corporate law move closer to the U.S. model?”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2003.
- De Filippi, P. / Wright, A.: “Decentralized blockchain technology and the rise of *Lex Cryptographia*”, [https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664].
- De Filippi, P. y Hassan, S.: “Blockchain technology as a regulatory technology: from Code is Law to Law is Code”, *First Monday* 21, 2016, DOI:10.5210/fm.v21i12.7113.
- De Filippi, P. y Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2018.
- De Miguel Asensio, P.: “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, nº 140, 2009, pp. 695–726.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Blockchain and smart contracts relating to copyright: jurisdiction and applicable law”, *La tecnología blockchain e il diritto d'autore: miraggio o realtà?*, 2019, pp. 41–53.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Propuesta de Reglamento sobre los mercados de criptoactivos en la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 85, 2020.
- Dell'Erba, M.: “Demystifying Technology. Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation”, 2018 [<https://ssrn.com/abstract=3228445>].

- Dimitropoulos, G.: "The Law of Blockchain", *Washington L. Rev.*, nº3, vol. 95, 2020, pp. 1117–1192 [<https://ssrn.com/abstract=3559970>].
- Filby, M.: "Code is Law? Assessing architectural file sharing regulation in the online environment", *J. Int'l Comm. L. & Technology*, 81, 2013, SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2239305>].
- García-Torres, M.J.: "Problemas en la tributación de las operaciones con *Bitcoins*: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas", *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, dir. C. García-Herrera Blanco, nº 10, 2018 [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf, p. 91>].
- Garcimartín Alférez, F.: "La unificación del derecho conflictual en Europa el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma II)", *Diario La Ley*, nº 6811, 2007, pp. 1–19.
- Garcimartín Alférez, F.J. y Gómez-Sancha Trueba, J.: "Los valores depositados en un intermediario: riesgos legales e intervención del legislador supranacional", *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, nº 1, 2007, pp. 75–130.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "Derecho de sociedades y conflictos de leyes: la determinación de la *Lex societatis* y su ámbito de aplicación", *Cuadernos de derecho judicial*, nº 19, 2004 (Ejemplar dedicado a: Novedades legislativas en materia de sociedades), pp. 67–176.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable", *Instituciones de derecho privado* / coord. por J.F. Delgado De Miguel, vol. 6, t. 1, 2003 (*Mercantil. Derecho de sociedades. Parte general* / coord. A. Fernández-Tresguerres García), pp. 21–154.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 252, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho de Sociedades), pp. 131–142.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 2019, pp. 393–403.
- Garriga Suau, G.: "Blockchain-based smart contracts and conflict rules for business-to-business operations", *REEL*, nº 41, 2021, pp. 4–6.
- Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F.M. y. Schuster/Siems, E.-P.: "Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies", *Yearb. Eur. L.*, 2020, pp.1–40 [<https://doi.org/10.1093/yel/yeaa007>].
- Arenas García, R.: "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado", *AEDIP*, t. VI, 2006, pp. 393–415.
- Gómez-Sancha Trueba, I.: "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.
- Górriz López, C.: "Tecnología *blockchain* y contratos inteligentes", *Inteligencia artificial. Tecnología y Derecho*, Susana Navas (coord.), 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp.151–196.
- Guillaume, F.: "Blockchain: le pont du droit international privé entre l'espace numérique et l'espace physique", en I. Pretelli (ed), *Conflict of laws in the mase of digital platforms*, Schusthess, 2018, pp. 163–189.
- Hurich, P.: "The virtual is real: an argument for characterizing Bitcoins as private property", *Backing and Financial L. Rev.*, 2016, nº31, pp.573 ss.
- Lessig, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999.
- Lim C. / Saw, T./Sargant, C.: *Smart contracts: Bridging the Gap Between Expectation and Reality*, Oxford Business Law Blog, 2016, [<https://www.law.ox.ac.uk/business-lawblog/blog/2016/07/smart-contracts-bridging-gap-between-expectation-and-reality>].
- López Rodríguez, A.M.: "Ley aplicable a los *smart contracts* y *lex cryptography*", *CDT*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 441–459.

- López-Tarruella Martínez, A. “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet”, *REDI*, vol. 69, nº 2, 2017, pp. 223–256.
- Low, K.F.K. y Teo, E.: “Legal risk of owning cryptocurrencies”, *Handbook of Blockchain, Digital Finance, and Inclusion*, vol.1, 2018, pp. 225–247.
- Magnier, V. y Barban, P.: “The potential impact of blockchains on corporate governance: a survey on shareholders’ rights in the digital era”, *InterEULawEast: journal for the international and European law, economics and market integrations*, vol. 5, nº 2, 2018 pp. 189–226.
- McCullum, P.: “Bitcoin: Property or Currency?” *Tax Notes*, vol. 148, no. 8, 2015, at SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2708188>].
- Menjucq, M.: *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, París, LGDJ, 1997.
- Möslein, F.: “Conflicts of Laws and Codes: Defining the Boundaries of Digital Jurisdictions”, [<https://ssrn.com/abstract=3174823>] o [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3174823>].
- Nakamoto, S.: “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” [<https://bitcoin.org/es/bitcoin-documento>].
- Ng, M.: “Choice of law for property issues regarding Bitcoin under the English law”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 15, nº 2, pp. 315–338, DOI: 10.1080/17441048.2019.1649235.
- Ortega Giménez, A.: *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- Palau Moreno, G.: “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en J. Plaza Penadés, (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y TICS*, Aranzadi, 2006, p. 280.
- Rammeloo, S.: “Recognition Theories: Private International Law Treaties and EC Law”, *Corporations in private international law a European perspective* Oxford [etc.] Oxford University Press cop. 2001, pp. 9–24.
- Rodríguez Vázquez, M^oV.: “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 167–179.
- Ruhl, G.: “Smart (legal) contracts, or: Which (contract) law for smart contracts?” en B. Capiello/ G. Carullo (eds.), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, p. 2, [<https://ssrn.com/abstract=3552004>].
- Sabido Rodríguez, M.: “Art. 7.2”, en P. Blanco-Morales Limón y F. Garau Sobrino (coords.), *Comentarios al Reglamento nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil*, Aranzadi, 2016, pp. 206 ss.
- Sánchez Lorenzo, S.A.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la ‘sede real’ en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115–158.
- Sarel, R.: “Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 22, nº 3, 2021 SSRN [<https://ssrn.com/abstract=3542545>], pp. 31–35.
- Schillig, M.: “‘Lex Cryptographia,’ ‘Cloud Crypto Land’ or What? – Blockchain Technology on the Legal Hype Cycle”, *King's College London Law School Research Paper*, 2021 [<https://ssrn.com/abstract=3804197>].
- Schrepel, T., “Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law versus Lex Cryptographia”, 2019 en *General Principles and Digitalisation*, Hart Publishing, 2020 [<https://ssrn.com/abstract=3485436>].

- Szabo, N.: “Smart Contracts”, 1994 [<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>]
- Thévenoz, L.: “Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law”, *Stanford J. Law Bus. & Finance*, vol. 13, Nº2, 2008, pp. 384–452.
- Tur Fernández, C.: *Smart contracts. Análisis jurídico*, Reus, 2018.
- Verhagen, R.: “Book-entry securities and conflict of laws. Transfer and pledge of securities held in international multi-tiered holding systems”, *European Business L. Rev.*, marzo/abril 2000, pp. 112–127.
- Vilà Costa, B. y Arenas García, R.: “Movilidad y transformación internacional de sociedades”, capítulo V de J.M. Álvarez Arjona/A. Carrasco Perera (dirs.), *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Navarra, Gómez-Acebo & Pombo. Abogados/Aranzadi, 2004, pp. 233–253.
- Villamarín López, M.L.: “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*, de 21 diciembre 2016”, *CDT*, vol. 10, No 1, 2018.
- Wu, T.: “When Code Isn’t Law”, SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=413201>].
- Zimmermann, A.S.: “Blockchain Networks and European Private International Law” [<https://conflictoflaws.net/2018/blockchain-networks-and-european-private-internationale-law/>].

Recibida: 30 julio 2022
Aceptada: 26 septiembre 2022

El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE

Esperanza CASTELLANOS RUIZ *

SUMARIO: I. Cuestiones problemáticas planteadas en relación con la interpretación del Reglamento sucesorio, tras cumplir 10 años desde su aprobación. 1. Cuestiones introductorias. 2. Características y objetivos del Reglamento sucesorio como base de las cuestiones prejudiciales. II. Criterios seguidos por el TJUE. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio: A) Sucesión con repercusión transfronteriza; B) Cuestiones excluidas: derechos reales y régimen económico del matrimonio; C) Concepto de “tribunal” y “funciones jurisdiccionales”; D) Concepto de pacto sucesorio; E) Determinación de la residencia habitual del causante a los efectos de aplicar los foros. 2. Acuerdo de elección del foro y de la ley aplicable a la sucesión. 3. Competencia subsidiaria del tribunal donde se encuentran los bienes del causante. 4. Foro de la renuncia o aceptación en el Estado de la residencia habitual del heredero. 5. Validez de la elección de ley parcial. 6. Competencia por abstención en favor de los tribunales mediante *profectio iuris*. 7. Certificado sucesorio europeo. III. A modo de reflexión final.

RESUMEN: Han pasado ya 10 años desde la aprobación el 4 julio 2012, y su posterior publicación en el DO de 27 julio 2012, del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante Reglamento 650/2012). El objetivo de este trabajo radica en mostrar los criterios seguidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), antes conocido como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a la hora de aplicar el Derecho internacional privado europeo sucesorio.

PALABRAS CLAVES: REGLAMENTO (UE) 650/2012, SUCESIÓN INTERNACIONAL, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

The successory Regulation (EU) 650/2012, ten years after its approval, in the jurisprudence of the CJEU

ABSTRACT: Ten years have passed since the approval on July 4, 2012, and its subsequent publication in the DO on July 27, 2012, of the Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (hereinafter Regulation 650/2012). The objective of this work is to show the criteria followed by the Court of Justice of the

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

European Union, formerly known as the Court of Justice of the European Communities, when applying European private international inheritance law.

KEYWORDS: REGULATION (UE) 650/2012, INTERNATIONAL SUCCESSION, COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.

I. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO, TRAS CUMPLIR 10 AÑOS DESDE SU APROBACIÓN

1. Cuestiones introductorias

1. Han pasado ya 10 años desde la aprobación el 4 julio 2012, y su posterior publicación en el DO de 27 julio 2012, del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante Reglamento 650/2012). Aprovechando que el Reglamento 650/2012 está de aniversario (4 julio 2022) vamos a hacer balance de las luces y las sombras en su interpretación por el TJUE. No se trata de hacer un comentario de cada una de las decisiones por separado, sino que el objetivo de este trabajo radica en analizar, reflexionar, de forma crítica, los criterios seguidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), antes conocido como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a la hora de interpretar el Derecho internacional privado europeo sucesorio.

De todos es conocido que las decisiones del TJUE sobre el Reglamento sucesorio han sido objeto de numerosos y profusos comentarios, pero con este trabajo pretendemos básicamente sistematizar y valorar las calificaciones autónomas adoptadas por el TJUE tanto en relación con los foros y los puntos de conexión, como sobre el célebre certificado sucesorio, teniendo en cuenta que son doce las decisiones adoptadas hasta el momento¹. Por orden cronológico son las siguientes:

¹ En este sentido, aunque no se recogen el comentario de todas las decisiones, *vid.* J.M. Fontanellas Morell, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REEI*, 39, 2021–2, pp. 1–44, donde en realidad se centra en la STJUE 16 julio caso E.E. Igualmente A. Lara Aguado: “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *REEI*, 2020, 1, pp. 1–67; S. Marino, “Il regolamento (UE) 650/2012 sulle successioni internazionali nella prima giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea”, *Riv. dir. int.*, vol. 105, n° 1, 2022, pp. 119–140; A. Ybarra Bores, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 393–418.

- 1) STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*².
- 2) STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Doris Margret Lisette Mahnkopf*³.
- 3) STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Vincent Pierre Oberle*⁴.
- 4) STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Klaus Manuel Maria Brisch*⁵.
- 5) STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *WB, Przemysława Bac*⁶.
- 6) STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E. Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*⁷.
- 7) STJUE 1 julio 2021, C-301/20, *UE, HC y Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG y sucesión de VJ*⁸.
- 8) STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, *RK vs. CR*⁹.
- 9) ATJUE 1 septiembre 2021, C-387/20, *OKR*¹⁰.
- 10) STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, *UM, con intervención de: HW, como administrador de la herencia de ZL, Marktgemeinde Kötschach-Mauthen, Finanzamt Spittal Villach*¹¹.
- 11) STJUE 7 abril 2022, C-645/20, *V A, Z A vs. TP*¹².
- 12) STJUE 2 junio 2022; C-617/20, *T. N., N. N*¹³.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que son muchos más los problemas interpretativos relacionados directa o indirectamente con el Reglamento sucesorio, que los que se han planteado ante el TJUE, y que doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto¹⁴. Entre los problemas interpretativos planteados ante el TJUE, pueden citarse los siguientes: la definición de las sucesiones transfronterizas, la determinación de la residencia habitual, la delimitación de ciertas cuestiones excluidas conectadas con las cuestiones sucesorias, la interpretación de la *professio iuris* tácita, de la *professio iuris* anticipada, la relación de la *lex registrationis* con *lex successionis*, la determinación del foro de situación de los bienes, la aplicación de la ley del régimen económico del matrimonio frente a la *lex successionis*, la validez del certificado sucesorio, la definición de la autoridad jurisdiccional competente especialmente en relación con los notarios, la determinación del ámbito de

² ECLI:EU:C:2017:755.

³ ECLI:EU:C:2018:138

⁴ ECLI:EU:C:2018:485.

⁵ ECLI:EU:C:2019:34.

⁶ ECLI:EU:C:2019:444.

⁷ ECLI:EU:C:2020:569

⁸ ECLI:EU:C:2021:528.

⁹ ECLI:EU:C:2021:718.

¹⁰ ECLI:EU:C:2021:751.

¹¹ ECLI:EU:C:2021:708.

¹² ECLI:EU:C:2022:267.

¹³ ECLI:EU:C:2022:426.

¹⁴ Vid. A. Lara Aguado, "Claves del Reglamento (UE) 650/2012 ...", *loc. cit.*, pp. 5-8 se enumeran más de una docena de problemas interpretativos que la doctrina ha puesto de manifiesto.

aplicación material y la definición de los pactos sucesorios, la validez de la elección de ley cuando implica la elección del tribunal de los beneficiarios de la herencia, el control de oficio de la competencia judicial internacional, o los problemas de la renuncia a la herencia en un país distinto donde se gestiona la sucesión, entre otras muchas cuestiones. Algunos de estos problemas están relacionados con la aplicación y coordinación del Reglamento sucesorio con otros Reglamentos europeos conectados con la sucesión de una persona, como por ejemplo el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales¹⁵ y el Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas¹⁶.

2. Aplicable desde el 17 agosto 2015 en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con exclusión de Dinamarca e Irlanda¹⁷, no podemos olvidar que este Reglamento sucesorio ha venido a unificar las soluciones tan dispares de Derecho internacional privado que existían entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea en todos los aspectos de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos. El Reglamento 650/2012 es, por tanto, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros (art. 84 *in fine* y art. 288.II TFUE). El Cdo. 20 establece que todos los tribunales deben estar vinculados por las normas de competencia establecidos en el Reglamento.

Es un Reglamento de Derecho internacional privado, de los más extensos de los Reglamentos de Derecho internacional privado europeos, lo que refleja su importancia, que además se ocupa de los tres sectores de Derecho internacional privado. Se trata de un Reglamento muy amplio con 83 considerandos y 84 preceptos divididos en 7 capítulos [Capítulo I “Ámbito de aplicación y definiciones” (arts. 1 a 3); Capítulo II “Competencia” (arts. 4 a 19); Capítulo III “Ley aplicable” (arts. 20 a 38); Capítulo IV “Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones” (arts. 39 a 58); Capítulo V “Documentos públicos y transacciones judiciales” (arts. 59 a 61); Capítulo VI “Certificado sucesorio europeo” (arts. 62 a 73); y Capítulo VII “Disposiciones generales y finales” (arts. 74 a 84)], por lo que el hecho de que solo se hayan dictado hasta el momento 11

¹⁵ DO L183 de 8.7.2016, pp. 1–29.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 30–56.

¹⁷ Reino Unido desde su salida de la UE, tras el Brexit, el 1 febrero 2020, debe considerarse un tercer Estado a los efectos de aplicación de los Reglamentos europeos, pero igualmente se trataba de un Estado excluido del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio.

sentencias y un auto por parte del TJUE llama poderosamente la atención, salvo que consideremos que se trata de un Reglamento especialmente bien diseñado para evitar la necesidad de la interposición de cuestiones prejudiciales ante el TJUE¹⁸. Nada más lejos de la realidad, pues son muchos los interrogantes que se plantean en la aplicación del Reglamento sucesorio, cuya regulación está vertebrada en los principios de *unidad* y *universalidad*, tanto en materia de competencia judicial como en materia de ley aplicable: un solo tribunal competente que aplique una sola ley a toda la sucesión internacional, evitando los inconvenientes de los sistemas escisionistas. Comprobaremos de primera mano, que los inconvenientes escisionistas no se han evitado, sino que, al contrario, dichos principios han servido de acicate para la presentación de algunas de las cuestiones prejudiciales más relevantes.

2. Características y objetivos del Reglamento sucesorio como base de las cuestiones prejudiciales

3. Las principales cuestiones planteadas ante el TJUE derivan de las propias características más importantes del Reglamento 650/2012.

4. Como sistema autónomo, dotado de sus propias definiciones y de sus propias normas de funcionamiento, el capítulo I (art. 3) contiene definiciones de los términos que emplea el Reglamento contribuyendo a precisar su ámbito de aplicación. Sin embargo, en este capítulo no se definen todos los conceptos, sino que hay que recabarlos de los 83 Considerandos que contiene el Reglamento 650/2012, cuyo valor jurídico es incuestionable, dado que el legislador de la Unión Europea los utiliza para interpretar conceptos del Reglamento 650/2012. No son suficientes, como tendremos ocasión de comprobar, para interpretar los conceptos claves del Reglamento sucesorio, por ello ha sido necesario plantear ante el TJUE cuestiones prejudiciales relativas a estos conceptos autónomos. En este sentido, en relación al ámbito de aplicación y las definiciones del Reglamento sucesorio se han planteado las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) En relación al carácter “internacional” de la sucesión o “sucesión con repercusión transfronteriza” objeto del Reglamento sucesorio. En este sentido se estudiará la STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*¹⁹ la

¹⁸ Vid, J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012. Análisis crítico*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019; E. Castellanos Ruiz, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 2277-2433, junto con la numerosa bibliografía allí citada.

¹⁹ STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*²⁰ y la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*²¹.

- b) En relación con las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio. En este sentido se estudiarán la STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*²² y la STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*²³.
- c) En relación con la determinación del concepto de “tribunal” y “funciones jurisdiccionales” realizadas por autoridades no judiciales (notarios). En este sentido, se tratará la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*²⁴, la STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *Przemysława Bac*²⁵ y el ATJUE 1 septiembre 2021, C-387/20, *OKR*²⁶.
- d) En relación con la interpretación del art. 3.1.b) Reglamento 650/2012 en materia de pactos sucesorios. En este sentido se estudiará la STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, *UM*²⁷.
- e) En relación con la determinación de la residencia habitual del causante en un Estado miembro a los efectos de aplicar los foros de competencia judicial internacional. En este sentido, se tratará la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*²⁸.

5. Como sistema global y coherente, el Reglamento sucesorio regula las cuestiones de carácter procesal sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones, las de la ley aplicable a través de normas de conflicto y las de cooperación judicial, en concreto a través la institución de un certificado sucesorio europeo. Pues bien, tan coherente no parece ser cuando se le ha tenido que plantear al TJUE cuestiones prejudiciales relativas a todas y cada una de las materias citadas. En este sentido, teniendo como base la interpretación del capítulo II del Reglamento sucesorio regulador de la competencia judicial internacional, se han planteado las cuestiones prejudiciales:

- a) En relación con la elección del tribunal en materia sucesoria derivada de la *professio iuris* del causante. En este sentido, se tratará la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*²⁹.

²⁰ STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485.

²¹ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

²² STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755.

²³ STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

²⁴ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

²⁵ STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *Przemysława Bac*, ECLI:EU:C:2019:444.

²⁶ ATJUE 1 septiembre 2021, C-387/20, *OKR*, ECLI:EU:C:2021:751.

²⁷ STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708.

²⁸ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

²⁹ *Ibid.*

- b) En relación con la determinación de la competencia subsidiaria del art. 10.1º.a) Reglamento 650/2012, en relación con un causante nacional de la UE, residente en Estado no miembro y con bienes en un Estado miembro. En este sentido, se tratará la STJUE 7 abril 2022, C-645/20, VA, ZA³⁰.
- c) En relación a la validez de la declaración relativa a la renuncia de una herencia realizada en el Estado de su residencia habitual, localizada en un Estado distinto de la residencia habitual del causante, *ex arts. 13 y 28* Reglamento sucesorio, que ha sido objeto de interpretación de la STJUE 2 junio 2022, C-617/20, T. N., N. N.³¹.

6. El Reglamento sobre sucesiones no pretende una armonización del Derecho de sucesiones material, sino que busca la unificación y clarificación del Derecho internacional privado de sucesiones para evitar resultados contradictorios. Sin embargo, las normas materiales aplicables a estas sucesiones varían considerablemente entre los Estados: desde los ordenamientos jurídicos con un sistema de legítimas muy rígido a los ordenamientos jurídicos en los que no existen legítimas y se basan en el principio de libertad de testar. De ello se deriva una gran inseguridad jurídica, fuente de problemas para los herederos cuando heredan un bien en otro Estado y también para quienes desean organizar su sucesión con antelación, lo que ha dado lugar a cuestiones prejudiciales al respecto cuando el causante ha querido organizar su sucesión haciendo uso de la *professio iuris*. Al respecto se han dictado dos sentencias:

- a) En relación con la interpretación de la validez de la elección de ley aplicable parcial, efectuada antes del 17 agosto 2015, fecha de su aplicación, para regir un pacto sucesorio. En este sentido se estudiará la STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, UM³².
- b) En relación con la interpretación del foro competente por abstención del conocimiento de tribunal objetivamente competente, en favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley había sido elegida por el causante, *ex arts. 6.a), 7.a) y 39* Reglamento sucesorio. En este sentido se estudiará la STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK³³.

7. Por último, aunque no menos importante, el Reglamento sucesorio incorpora una normativa material en relación con la creación de un “certificado sucesorio europeo” con el fin de que la tramitación de las sucesiones con

³⁰ STJUE 7 abril 2022, C-645/20, VA, ZA, ECLI:EU:C:2022:267.

³¹ STJUE 2 junio 2022 C-617/20, T. N., N. N, ECLI:EU:C:2022:426.

³² STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, UM, ECLI:EU:C:2021:708.

³³ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK, ECLI:EU:2021:718.

repercusión transfronteriza en la UE sea rápida, ágil y eficiente, como exige el cdo. 67, y para ello se requiere un documento, como el certificado sucesorio europeo, donde los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar fácilmente su cualidad como tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro, por ejemplo en el Estado miembro en que estén situados los bienes sucesorios. Por su novedad, el TJUE ha tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre problemas que se han derivado de la regulación del certificado sucesorio en el Capítulo VI. En este sentido se estudiarán:

- a) En relación a la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, la STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*³⁴.
- b) En relación con la utilización de los formularios previstos en el Reglamento de Ejecución (UE) n. 1329/2014 de la Comisión, de 9 diciembre 2014, por el que se establece el formulario para la elaboración de un certificado sucesorio europeo del Reglamento 650/2012. En este sentido se tratará la STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*³⁵.
- c) En relación a la validez de una copia auténtica de un certificado sucesorio europeo sin fecha de expedición y los efectos que producen sobre personas designadas en él que no han solicitado su expedición. En este sentido se estudiará la STJUE 1 julio 2021, C-301/20, *UE*³⁶.

II. CRITERIOS SEGUIDOS POR EL TJUE

8. En relación con el Reglamento sucesorio europeo la doctrina elaborada por el TJUE puede verse en las once sentencias y un auto dictados hasta la actualidad. Es cierto que, algunas de las cuestiones planteadas se dejan sin contestar expresamente, y, en otras, el TJUE pierde la ocasión para dar su opinión y unificar determinados conceptos clave, como vamos a ver a continuación. Tampoco debemos perder de vista que el TJUE no puede fallar el caso, origen de la cuestión prejudicial, sino que tiene que responder simplemente a las preguntas de los tribunales de la UE. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el art. 267 TFUE, corresponde al TJUE proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que

³⁴ STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485.

³⁵ STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34.

³⁶ STJUE 1 julio 2021, C-301/20, *UE*, ECLI:EU:C:2021:528.

conoce. Desde este punto de vista, corresponde al TJUE contestar o no a todas las cuestiones planteadas e incluso reformular en su caso las cuestiones que se le han planteado³⁷.

9. La imperiosa necesidad de luchar por la aplicación uniforme del Reglamento sucesorio está directamente relacionada con la consecución de los objetivos del mismo. Recordemos que, entre estos objetivos, se encuentra la libre circulación de las personas (Cdos. 1 y 80); la organización por los ciudadanos europeos de su sucesión en el contexto de la Unión (Cdo. 7); la protección de los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la sucesión (Cdo. 80); y el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en los Estados miembros en materia de sucesiones. Este último objetivo se considera como el “objetivo general” del Reglamento 650/2012 (Cdo. 59). Pues bien, según el TJUE, la interpretación autónoma y uniforme del Reglamento sucesorio debe favorecer el cumplimiento de estos objetivos, aunque no siempre lo ha conseguido, como tendremos ocasión de comprobar. Veamos cómo el TJUE ha interpretado el rompecabezas jurídico que supone el Reglamento sucesorio y si ha sido lo suficiente minucioso en su labor de interpretación para que todas las piezas encajen.

1. *Ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio*

A) Sucesión con repercusión transfronteriza

10. Según al art. 1.1º se aplica a las “sucesiones por causa de muerte”. No será aplicable a las cuestiones fiscal, aduanera y administrativas. Se entiende por “sucesión por causa de muerte”, según establece el art. 3.1º.a) y el Cdo. 9 Reglamento 650/2012, cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, que derive: a) de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa*: testamento, testamento mancomunado –testamento otorgado en un acto por dos o más personas, ex art. 3.1º.d)– o pacto sucesorio –todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoque, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo art. 3.1º.b)– o, b) de una sucesión *abintestato*. El Reglamento sucesorio no exige en la letra del art. 1.1º el carácter internacional de la sucesión. La ausencia de esta exigencia de internacionalidad de la sucesión en el Reglamento sucesorio europeo se debe probablemente a la dificultad de definir legalmente cuándo una sucesión *mortis causa* es “internacional”. Aunque es

³⁷ Vid. al respecto, STJUE 26 octubre 2021, C-109/20, *PL Holdings*, EU:C:2021:875, FD 34 y jurisprudencia citada y STJUE 2 junio 2022, C-617/20, *T.N. y N.N.*, ECLI:EU:C:2022:426, FD 31.

cierto que en distintos Considerandos, el legislador europeo se refiere a las “sucesiones con repercusión transfronteriza”³⁸.

Normalmente la sucesión será internacional o tendrá repercusión transfronteriza por la nacionalidad o la residencia habitual del causante; o, por la nacionalidad o residencia habitual de los beneficiarios de la herencia en un Estado distinto respecto al Estado donde se ha presentado la demanda sucesoria; pero también por el lugar de situación de los bienes hereditarios en varios Estados.

11. En la STJUE 21 junio de 2018, C-20/17, *Oberle*, el Tribunal de Justicia declaró que una sucesión tiene repercusiones transfronterizas cuando comprende bienes situados en varios Estados miembros y, en particular, en un Estado diferente del de la última residencia del (FD 32).

12. La STJUE 1 marzo 2018, asunto C-558/16, *Mahnkopf*³⁹ también vino a solucionar este problema, a través de la teoría del “elemento extranjero puro” para explicar el elemento extranjero como presupuesto de una sucesión “internacional”, es decir, basta que la sucesión internacional esté conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, con independencia de la naturaleza, relevancia o intensidad del elemento extranjero.

El litigio se originó en relación a la sucesión de un nacional alemán, casado con una nacional alemana cuya residencia habitual era Berlín y cuyos herederos eran todos alemanes, pero propietario de un bien inmueble situado en Suecia. Pues bien, este es el elemento extranjero que tiene en cuenta el TJUE para considerar internacional la sucesión y, por tanto, aplicar el Reglamento 650/2012 para solventar la cuestión incidental (FD 21)⁴⁰.

³⁸ En concreto, en tres ocasiones se refiere el Reglamento sucesorio a las sucesiones con “repercusión transfronteriza; en el Cdo. 1, cuando se refiere que la UE debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles “con repercusión transfronteriza”; en el Cdo. 7, cuando se refiere a la necesidad de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* “con repercusiones transfronterizas”; y en el Cdo. 67, cuando se refiere al certificado sucesorio como instrumento necesario para una tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones “con repercusión transfronteriza” en la UE, para probar fácilmente los beneficiarios de la herencia.

³⁹ STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

⁴⁰ I. Antón Juárez; “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 769–780; I. Barrière-Brousse, “CJUE, 2e ch., 1er mars 2018, aff. C-558/16, Doris Margret Lisette Mahnkopf: note”, *Journ. dr. int.*, 145, 4, 2018, pp. 1218–1227; J. M. Fontanellas Morell, “Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *La Ley: Unión Europea*, nº 61, julio 2018, pp. 1–23; M. Sonnentag, “Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 1.3.2018, C-558/16 (Mahnkopf)”, *JZ*, 74, 13, 2019, pp. 657–666; R. Süß, “Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf: Folgen für das gesetzliche Erbrecht des überlebenden

13. Es, sin embargo, la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*⁴¹, donde se plantea expresamente la interpretación del concepto de “sucesión con repercusión transfronteriza” del art. 1.1º. Aunque el art. 1.1º no hace referencia al carácter “internacional” de la sucesión, de la lectura del primer Considerando del Reglamento 650/2012 queda clarísimo que solo se aplica a las sucesiones internacionales, es decir, aquellas que tienen “repercusión transfronteriza”. El TJUE ha venido a confirmar la “teoría del elemento extranjero puro” señalando que se entiende por “sucesión con repercusión transfronteriza”, aquella situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, reside en otro Estado miembro en el momento de su fallecimiento, aunque no corte sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto, con independencia de la residencia habitual de los llamados a suceder. Además, el Reglamento 650/2012 se refiere, de manera no exhaustiva, a otras circunstancias que pueden revelar la existencia de una sucesión que implica a varios Estados miembros. En concreto se refiere a los indicios concordantes contemplados en los Cdos. 23 y 24 Reglamento 650/2012 para fijar, en situaciones complicadas, la última residencia habitual del causante: lugar de situación de los bienes hereditarios o nacionalidad del causante (FD 45)⁴².

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia son los siguientes. E. E. es nacional lituano y su madre, también de nacionalidad lituana, contrajo matrimonio con K.-D. E., nacional alemán, y cambió de domicilio para vivir, con E.E, junto a su marido en Alemania. El 4 julio 2013, la madre de E. E. otorgó testamento ante una notaría de Garliava (Lituania) en el que instituía a su hijo como heredero único de todo su patrimonio. En el momento del fallecimiento de la madre de E. E., que se produjo en Alemania, constaba registrado a nombre de la causante un bien inmueble, a saber, un apartamento sito en Kaunas. El 17 julio 2017, E. E. instó ante una notaría de Kaunas la apertura de la sucesión y la expedición de un certificado de derechos sucesorios. El 1 agosto 2017, la notaría denegó la expedición de dicho certificado por considerar que la residencia habitual de la causante, en el sentido del art.4 del Reglamento 650/2012, se

Ehegatten in internationalen Ehen und neue Gestaltungsmöglichkeiten”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 117, 10, 2018, pp. 742–757.

⁴¹ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

⁴² L. Carrillo Pozo, “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 julio 2020, Asunto c-80/19”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 755–766, esp. p. 759, donde señala que parece que lo único en lo que en verdad interesa detenerse, para determinar el carácter internacional de la sucesión en el Reglamento sucesorio, es en la residencia y la situación de algunos bienes integrantes del caudal relicto en lugares distintos, potenciando la caracterización del Derecho de sucesiones como patrimonial; M. Lehmann, [<https://eapil.org/2020/10/21/a-major-cjeu-decision-on-the-succession-regulation-the-case-of-e-e/>]; F.M. Mariño Pardo, “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 julio 2020, C-80/19: E. E. y loi applicable aux successions”, *La Ley: Unión Europea*, nº 85, octubre 2020, pp. 1–41.

encontraba en Alemania. Sin embargo, el hijo E. E. presentó recurso contra dicha denegación ante el *Kauno apylinkės teismas* (Tribunal Comarcal de Kaunas, Lituania), estimando que la residencia habitual se encontraba en Lituania, pues nunca había cortado los vínculos con su país de origen. Mediante resolución de 29 enero 2018, ese órgano jurisdiccional estimó el recurso del demandante basándose en que la causante no había cortado sus vínculos con Lituania, y resolviendo que conforme a los principios de razonabilidad y buena fe el notario debía otorgar el acto requerido. Posteriormente, el Tribunal de apelación anula esa resolución, declarando que, cuando el lugar de residencia habitual del fallecido resulta controvertido, sólo un tribunal puede determinar que su residencia habitual radicaba en su Estado de origen, y que, en este asunto, nada indicaba que el recurrente hubiera planteado esa cuestión ante un órgano jurisdiccional; se rechaza además la argumentación del tribunal a quo basada indebidamente en principios generales. Recurrida esta decisión, el Tribunal Supremo de lo civil y penal plantea una extensa batería de cuestiones al TJ.

Se planteó al TJUE si debía considerarse que una situación como la controvertida en el presente asunto —en la que una nacional lituana, cuya residencia habitual el día de su fallecimiento estaba situada en otro Estado miembro, en Alemania, concretamente, pero que, en cualquier caso, nunca había cortado los vínculos con su país de origen y que, entre otras cosas, otorgó testamento en Lituania antes de su fallecimiento y dejó todos sus activos a su heredero, un nacional lituano; en la que en el momento de la apertura de la sucesión se determinó que todo su patrimonio estaba constituido por un bien inmueble ubicado en Lituania, y en la que, por último, el cónyuge superviviente de la causante, nacional alemán, manifestó su clara intención de renunciar a la herencia de la fallecida, no participó en el procedimiento iniciado en Lituania y aceptó la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y la aplicación de la legislación lituana— era una “sucesión *mortis causa* con repercusión transfronteriza” en el sentido del Reglamento 650/2012, a la que debe aplicarse dicho Reglamento.

Las claves para considerar, por tanto, una sucesión transfronteriza a los efectos del Reglamento 650/2012 las encontramos en los Cdos. 23 y 24, que recogen elementos útiles para determinar el lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento a los efectos de este Reglamento, llegando a la conclusión de que una sucesión tiene repercusión transfronteriza, por ejemplo, cuando comprende bienes situados en varios Estados miembros y, en particular, en un Estado diferente del de la última residencia del causante. Además, el Reglamento 650/2012 se refiere, de manera no exhaustiva, a otras circunstancias que pueden revelar la existencia de una sucesión que implica a varios Estados miembros (FD 45). Dicho de otro modo, la nacionalidad y residencia del

causante, la nacionalidad y residencia habitual de los herederos, o la situación de los bienes encaja en tal noción de sucesión con repercusión transfronteriza⁴³.

Teniendo en cuenta esta interpretación tan amplia de los elementos que pueden tenerse en cuenta de cara a considerar la sucesión internacional a los efectos del Reglamento, basada en la teoría del elemento extranjero puro, no podemos olvidar que el juego de los elementos que el legislador europeo utiliza para determinar los tribunales competentes o la ley aplicable a la sucesión podría llevar a entender que hay elementos como la residencia habitual de los herederos o su nacionalidad, que se consideran menos relevantes, pues salvo en contadas ocasiones el Reglamento sucesorio los tiene en cuenta⁴⁴. Y que, por tanto, el elemento estrella a tener en cuenta es la residencia habitual del causante, sin olvidar que en caso de *professio iuris*, pero solo en ese caso, el elemento de la nacionalidad del causante es esgrimido por el legislador para designar la ley aplicable⁴⁵, e incluso, en ocasiones, el tribunal competente por elección de la ley aplicable⁴⁶; o que el lugar de situación de los bienes también puede otorgar la competencia de los tribunales de la UE⁴⁷. Ahora bien, ello no quiere decir que haya distintas intensidades en la internacionalidad de la sucesión, o que por el simple hecho de que el causante tenga la residencia habitual en España, si no ha elegido la ley aplicable, y conoce un juez español no surgen problemas de Derecho internacional privado⁴⁸, pues en este caso se estaría confundiendo el elemento extranjero de la situación privada internacional, la sucesión, con la solución de los problemas de Derecho internacional privado, determinación del tribunal competente y de la ley aplicable a la sucesión⁴⁹.

B) Cuestiones excluidas: derechos reales y régimen económico del matrimonio

14. En relación a las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio, han sido objeto de interpretación por el TJUE las

⁴³ En el ap. 35 de las Conclusiones el AG se dice expresamente: “Sobre cuál pueda ser ese otro elemento, preceptos singulares del Reglamento retratan hipótesis de sucesión mortis causa con trascendencia en más de un foro, aportando, sin agotar, pautas para reconocer su carácter transnacional. La situación de los bienes, los herederos, los legatarios u otros parientes próximos del causante, así como la nacionalidad de este, son otros tantos datos típicos que se pueden retener”.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el art. 13 Reglamento sucesorio es una excepción, pues los herederos pueden renunciar o aceptar la herencia también ante el juez del Estado de su residencia habitual, cuando es distinta a la residencia habitual del causante.

⁴⁵ Vid. art. 22 Reglamento sucesorio.

⁴⁶ Vid. arts. 5–7 Reglamento sucesorio.

⁴⁷ Vid. arts. 10 y 12 Reglamento sucesorio.

⁴⁸ Vid., a favor de esta postura, L. Carrillo Pozo, “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del de cuius...”, *loc. cit.*, pp. 758–759.

⁴⁹ Vid., a favor de esta postura, J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio ...*, *op. cit.*, p. 69.

exclusiones de los aps. 1.2.k) “Naturaleza de los derechos reales” y l) “La inscripción de los derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”, en la STJUE 12 octubre 2017, C–218/16, *Aleksandra Kubicka*⁵⁰.

15. Esta STJUE ha venido a resolver el conflicto entre la aplicación *lex rei sitae–lex registrationis* y la *lex successionis* en relación con una sucesión de una nacional polaca residente en Alemania cuya sucesión se regía por el Derecho polaco, por ser la ley nacional del causante en el momento del otorgamiento del testamento, en ejercicio de la *professio iuris* (art. 22 Reglamento sucesorio), en relación con un inmueble situado en Alemania. En concreto, se planteó si el legado vindicatorio admitido en Polonia pero no en Alemania –donde estaba situado el bien inmueble– estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, y en qué medida la ley aplicable del lugar en que estaba situado el bien, en este caso Alemania, sobre el que se instituía el legado, podía conllevar una limitación de los efectos reales de un legado vindicatorio previsto por la ley sucesoria que había sido elegida por la testadora.

El TJUE concluye que sí debían admitirse los legados vindicatorios instituidos válidamente en aplicación de la *lex successionis* con independencia de la *lex rei sitae*⁵¹. La exclusión de la letra l) del art. 1.2º sólo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, pero no a los requisitos para la adquisición de tales derechos que no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición. El TJUE guarda, sin embargo, silencio sobre si la propiedad objeto de legado debe ser inscrita para producir efectos traslativos de la misma en

⁵⁰ STJUE 12 octubre 2017, C–218/16, *Aleksandra Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755.

⁵¹ Vid. sobre esta STJUE, S. Álvarez González, “*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley: Unión Europea*, Nº 55, 31 enero 2018, pp. 1–20; R. Cabanas Trejo / L. Ballester Azpitarte, “Breve nota sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C–218/16 (Kubicka) de 12 octubre 2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)”, *Diario La Ley*, 20 noviembre 2017; G. van Calster, “Kubicka: Narrow CJUE interpretation of the ‘property law’ exception” (accesible en [<https://gavclaw.com/tag/c-21816>]) de 19 octubre 2017; E. Castellanos Ruiz, “Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae–lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 70–93; Z. Crespi Reghizzi, “Succession and Property Rights in EU Regulation nº 650/2012”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, pp. 633–661; S. van Erp, “Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the *lex rei sitae*”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, pp. 342–352; J.J. Marín López, “Polonia invade Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *El Notario del siglo XXI*, nº 76, noviembre/diciembre de 2017; P. Tereszkievich / A. Wysocka-Bar, “Polnische Vindikationslegate vor dem EuGH: Besprechung der Vorlagefrage des Sad Okregowy in Gorzów Wielkopolski”, *GPR*, 4, 2017, pp. 197–202.

Alemania, aunque lo verdaderamente relevante no es que se exija la inscripción registral en Alemania de la propiedad de un inmueble sito en Alemania y objeto de un legado vindicatorio, sino que al legatario no se le niegue la posibilidad de su inscripción, pues el bien ha sido legalmente entregado, según la Ley sucesoria, al legatario.

16. En la STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf* ha sido objeto de interpretación la exclusión del art. 1.2º.d) “las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales”⁵². El problema se plantea por la falta de adaptación entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo y la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En esta STJUE se plantea un litigio derivado de una sucesión internacional (bien inmueble en Suecia) de dos nacionales alemanes residentes en Alemania sometidos al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, conforme al Derecho alemán. Se plantea la cuestión prejudicial porque surge la duda de si una norma alemana (art. 1.371 BGB) que incrementa la cuarta parte de la legítima de la herencia del cónyuge superviviente en un cuarto adicional en el caso de que los cónyuges hayan vivido en régimen de participación en las ganancias, pertenece al Derecho sucesorio, ex art.1.1 Reglamento sucesorio (“sucesiones por causa de muerte”) o al del régimen económico del matrimonio.

El TJUE finalmente concluye que es una norma sucesoria y, por tanto, debe entenderse comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio. Los motivos en los que se basa el TJUE son básicamente dos.

Por un lado, dado que el art. 1.371 BGB alemán tiene como objeto principal determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos, se considera que es un precepto que se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Sin embargo, la calificación como sucesoria de dicha norma puede plantear muchos problemas dado que está íntimamente ligada a un régimen económico matrimonial concreto. Cuando ambas cuestiones se rijan por el mismo Derecho, el alemán en este caso, la calificación de la norma discutida es una cuestión baladí. Ahora bien, cuando el régimen económico del matrimonio se rija por el Derecho alemán y la sucesión por otro Derecho distinto, la calificación como sucesoria de esta norma alemana puede plantear muchos problemas dado que se aplicarían dos leyes distintas a la herencia del cónyuge

⁵² I. Antón Juárez, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios...”, *loc. cit.*, pp. 769–780; I. Barrière-Brousse, “CJUE, 2e ch., 1er mars 2018, aff. C-558/16...”, *loc. cit.*, pp. 1218–1227; J. M. Fontanellas Morell, “Los derechos legales del cónyuge superviviente...”, *loc. cit.*, pp. 1–23; M. Sonnentag, “Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels ...”, *loc. cit.*, pp. 657–666; R. Süß, “Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf...”, *loc. cit.*, pp. 742–757.

supérstite: la establecida en la *lex successionis* y la recogida en el art. 1.371 BGB alemán⁵³.

El Reglamento relativo al régimen económico del matrimonio en su art. 1.1º señala que es aplicable a los regímenes económico–matrimoniales. El concepto de “régimen económico matrimonial” se precisa en el art. 3.1º en su letra a). Así, se señala que régimen económico matrimonial es el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. Por lo tanto, es coherente que se excluyan de su aplicación los derechos del cónyuge viudo. Y siguiendo esta pretendida coherencia entre Reglamentos europeos, el art. 1.2º.d) del Reglamento sucesorio excluye las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales.

El problema está en la falta de adaptación entre la ley aplicable a la sucesión internacional y la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, puesto que al serles aplicables normas de conflicto distintas puede ocurrir que ambas materias, que están directamente relacionadas entre sí, se regulen por leyes distintas. De hecho, cuando se abre una sucesión, en primer lugar, lo que hay que disolver es el régimen económico del matrimonio para saber qué bienes le corresponden al cónyuge viudo por su régimen matrimonial y qué otros bienes le corresponden al causante y, por tanto, fijar su caudal hereditario. Solo, una vez que se ha disuelto el régimen económico del matrimonio, se puede iniciar el reparto de los bienes hereditarios del causante. Normalmente los ordenamientos jurídicos, cuyo régimen económico del matrimonio se basa en el sistema de “gananciales” –como ocurre en el ordenamiento jurídico español– donde la mitad de los bienes del matrimonio son para el cónyuge viudo, regulan los derechos sucesorios del cónyuge viudo de una forma mucho más débil y se le reconocen al cónyuge viudo reducidos derechos hereditarios. Aquellos ordenamientos jurídicos, basados en un régimen económico matrimonial de “separación de bienes” –como ocurre en el ordenamiento jurídico italiano–, posteriormente otorgan al cónyuge viudo una cuota significativa de los bienes del cónyuge difunto. Se trata, en uno y otro caso, de compensar económicamente al cónyuge viudo, bien a través de la disolución del régimen económico del matrimonio, tras la muerte del causante, bien a través de los derechos sucesorios. Por eso es primordial que ambas cuestiones directamente relacionadas se regulen por la misma Ley. Sin embargo, la exclusión de la disolución del régimen económico del matrimonio de la regulación del Reglamento 650/2120 no asegura, en muchos de los casos, que ambas cuestiones se rijan por una misma ley. Es por ello, que el Cdo. 12 del Reglamento sucesorio, advierte que hay que tener en cuenta la liquidación del

⁵³ Sobre la calificación de este precepto, *vid.* D. Martiny/ N.Dethloff, *Property relationship between spouses*, pp. 11–31, 2008 [<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Property.pdf>].

régimen económico matrimonial pues puede afectar considerablemente al caudal hereditario⁵⁴.

Así, en la STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, el propio TJUE menciona expresamente que la solución adoptada es compatible con el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103, pues el art. 1.2º.d) de este Reglamento excluye de su ámbito de aplicación la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges⁵⁵. Sin embargo, a pesar de esta pretendida coherencia entre instrumentos normativos, los problemas no desaparecen y se considera un gran error no haber previsto la solución en estos Reglamentos: el sucesorio, el relativo al régimen económico del matrimonio y el de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Las soluciones que se han buscado para evitar problemas de adaptación entre las leyes aplicables a la liquidación del régimen económico del matrimonio y la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo son varias. Algunos autores señalan que lo deseable hubiera sido que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se hubieran incluido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento del régimen económico del matrimonio, tal y como ocurre en nuestro Derecho internacional privado de producción interna, cuya solución se recoge en el art. 9.8º Cc.⁵⁶ Sin embargo, nos surgen dudas de que la inclusión de los derechos sucesorios en este Reglamento hubiera supuesto una solución total a este problema. La doctrina ya anunció los inconvenientes que planteaba la solución que recoge el art. 9.8º Cc, pues los problemas de desajuste no desaparecían⁵⁷. Una posible solución podría venir de la mano de los propios cónyuges, pues haciendo uso de la posibilidad, que ambos instrumentos internacionales les permite de elegir la ley aplicable tanto a su sucesión como a su régimen económico del matrimonio, pueden hacer coincidir la aplicación de ambas leyes, eligiendo la misma ley para regular ambas cuestiones. Es cierto que la limitación de leyes a elegir puede dificultar esta elección, pero al menos hay una posibilidad de elección. Otra

⁵⁴ Cdo. 12: En consecuencia, el presente Reglamento no debe aplicarse a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, incluidos los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios, ni a regímenes patrimoniales de relaciones que se considera que tienen efectos similares al matrimonio. No obstante, 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.

⁵⁵ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico-matrimoniales en DO L183 de 8.7.2016, pp. 1-29.

⁵⁶ J. Rodríguez Rodrigo, "El régimen económico matrimonial en el Derecho internacional privado", en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 1526-1527.

⁵⁷ Vid. E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el derecho internacional privado e interregional*, Cizur Menor, Aranzadi, 1993, pp. 117-122.

solución, que ya fue propuesta en relación con los problemas de adaptación que planteaba el art. 9.8º Cc, por tanto, en supuestos donde no hay elección de los cónyuges, es que se busque una solución equitativa, en beneficio del cónyuge viudo siempre teniendo como límite los derechos sucesorios de los otros herederos⁵⁸.

Por otro lado, el segundo motivo que utiliza el TJUE para calificar de naturaleza sucesoria la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente se refiere a la consecución de los objetivos del certificado sucesorio europeo, que podría verse obstaculizado en caso de que el certificado no contuviera la información completa de los derechos hereditarios del cónyuge superviviente. El art. 69 Reglamento sucesorio señala que el certificado sucesorio europeo surtirá sus efectos en todos los Estados miembros de la UE sin necesidad de un procedimiento especial y crea la presunción de que la persona que aparece en el certificado como heredero tiene tal cualidad o es titular de los derechos que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las expresadas en el certificado. Pues bien, ante el riesgo de poner en peligro la libre circulación del certificado sucesorio europeo, se decanta por una calificación autónoma de normas nacionales aun a riesgo de acabar con la coherencia interna de los Derechos nacionales, dado que el tribunal alemán proponente de la cuestión prejudicial se inclina por considerar el art. 1371 BGB como una norma que regula una cuestión relativa al régimen económico matrimonial tras el fallecimiento de uno de los cónyuges incrementando la parte alícuota del otro cónyuge en la herencia. Y de ahí su duda de si dicha parte debía incluirse en el certificado sucesorio europeo. De todos modos, en el certificado sucesorio europeo se incluyen cuestiones que no tienen naturaleza sucesoria, por lo que se podría haber incluido sin más como una cuestión del régimen económico del matrimonio, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio Tribunal supremo alemán se había pronunciado al respecto el 13 mayo 2015 para afirmar que se trataba de una norma perteneciente al régimen económico del matrimonio⁵⁹.

C) Concepto de “tribunal” y “funciones jurisdiccionales”

17. En la STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *WB*⁶⁰, se plantea la interpretación del art. 3.1º.g) y l) y art. 3.2, concepto de “tribunal”, de las “funciones jurisdiccionales” de los notarios y de la sujeción de los notarios a las normas de competencia internacional

La STJUE 23 mayo 2019, asunto C-658/17, *Przemysława Bac*, ha venido a resolver el problema de la determinación del concepto de “funciones

⁵⁸ Vid. E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica...*, op. cit., p. 110.

⁵⁹ A. Lara Aguado: “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 ...”, loc. cit., pp. 33-35.

⁶⁰ STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *Przemysława Bac*, ECLI:EU:C:2019:444.

jurisdiccionales” realizadas por autoridades no judiciales, muy bien desarrollado en las Conclusiones del Abogado General del asunto WB, teniendo en cuenta que el concepto de tribunal no se entiende sin definir qué se entiende por funciones jurisdiccionales. (FD 29 a 41). En este caso, la cuestión prejudicial que se plantea es si los notarios polacos, encargados de otorgar escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales. La recurrente, WB, era una de las partes intervinientes en el procedimiento dirigido a la obtención de una escritura de declaración de herederos relativo a la sucesión de su padre. El padre, de nacionalidad polaca, falleció el 6 agosto 2016 y tenía residencia habitual en Polonia. Dicha escritura fue otorgada el 21 octubre 2016 por un notario polaco, de conformidad con el Derecho polaco. Al ser el causante un empresario que desarrollaba una actividad económica en la región fronteriza germano-polaca, la recurrente quiso averiguar si había en Alemania alguna entidad bancaria que poseyera fondos depositados por su padre y, de ser así, cuál era el importe que podía incluirse en la masa hereditaria. Pues bien, entre las cuestiones prejudiciales se plantea si la escritura de declaración de herederos constituye una certificación, cuyo formulario figura en el anexo 1 del Reglamento de Ejecución n° 1329/2014 Comisión, de 9 diciembre 2014, acreditativa de que dicha escritura constituye una resolución en materia de sucesiones en el sentido del art. 3.1º.g) del Reglamento (UE) 650/2012; o bien, constituye un documento público en materia de sucesiones en el sentido del art. 3.1º.i), del Reglamento 650/2012, cuyo formulario II es el establecido en el anexo 2 del citado Reglamento.

Para resolver esta cuestión debía aclararse, por tanto, si los notarios polacos, que formalizan escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales. En cuanto al concepto de “funciones jurisdiccionales” realizadas por autoridades no judiciales es desarrollado en la sentencia y las Conclusiones del Abogado General del asunto *WB c Notariusz Przemysław Bac*. En este caso, la cuestión prejudicial que se plantea es si los notarios polacos, encargados de otorgar escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales.

Precisamente el Abogado General señala que los conceptos de “resolución” y de “funciones jurisdiccionales” están íntimamente relacionados, como señala el Considerando (22) del Reglamento (UE) 650/2012. Pues bien, en sus conclusiones (aps. 66 a 73) identifica un rosario de conceptos distintos sobre lo que debe entenderse por tribunal u órgano jurisdiccional, dependiendo del Reglamento europeo que estemos aplicando⁶¹. De esta forma, puede comprobarse que el Derecho internacional privado europeo, sin coherencia aparente, se mueve entre una interpretación estricta y una interpretación amplia del concepto de órgano jurisdiccional, dependiendo de si se tasan limitativamente las autoridades administrativas que pueden considerarse como tales o se remite a

⁶¹ J.M. Fontanellas Morell, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, pp. 5–6

toda autoridad competente de acuerdo con el Derecho nacional⁶². La doctrina incluso considera que es completamente intencionado el que los Reglamentos de la UE no hayan unificado el concepto de tribunal⁶³.

Según el AG citado, “cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones”; y, además, añade que, “cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre estos”. En definitiva, si se considera que los notarios polacos no ejercen funciones jurisdiccionales, los documentos públicos que emiten circulan más fácilmente que una resolución. En este sentido, el Abogado General Sr. Y. Bot, para determinar si los notarios pueden ser considerados “tribunales”, por ejercer funciones jurisdiccionales, utiliza la interpretación del concepto “resolución”, de las Conclusiones del Abogado General en la STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*; pero realizando determinadas precisiones terminológicas al caso concreto, porque en el asunto *Oberle* la cuestión sucesoria planteada se refiere a las actuaciones de los “órganos judiciales”.

De dicha interpretación del concepto de “resolución” del asunto *Oberle*, el Abogado General Sr. Y. Bot en el asunto *WB*, señala que con la expresión “funciones jurisdiccionales” se está haciendo referencia tanto a los procedimientos contenciosos como a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, siempre que estos últimos no dependan únicamente de la voluntad de las partes. No se debe considerar que el TJUE en el asunto *Oberle* haya pretendido modificar el concepto de “funciones jurisdiccionales”, haciéndolo extensivo a los documentos que tienen por efecto registrar una manifestación de voluntad privada. Por lo tanto, el Sr. Y. Bot concluye que de dicha sentencia relativa a un procedimiento de jurisdicción voluntaria no se puede deducir que las autoridades no judiciales que expiden certificados sucesorios, a falta de oposición, dictan resoluciones como un tribunal en el sentido del art. 3.1º.g) del Reglamento (UE) 650/2012.

Teniendo en cuentas dichas interpretaciones y las funciones que ejercía el notario polaco en el asunto *WB*, el TJUE consideró que los notarios polacos, que redactan un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, no ejercían funciones jurisdiccionales, así que no podía ser considerado

⁶² *Vid.* Conclusiones de 8 septiembre 2016 sobre el asunto C-484/15 del AG Y. Bot, ECLI:EU:C:2016:654.

⁶³ Para P. Jiménez Blanco, “El concepto de órgano jurisdiccional en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, p. 124, en la disparidad normativa existente, puede intuirse “cierta premeditación” por parte del legislador europeo, que parece no haber querido remediarla.

“tribunal”, en el sentido del Reglamento 650/2012. Eso sí, constituye un “documento público”, cuya expedición puede ir acompañada del formulario que figura en el anexo 2 del Reglamento de Ejecución (UE) n° 1329/2014 de la Comisión, de 9 diciembre 2014, por el que se establecen los formularios en el Reglamento 650/2012 (art. 59.1° párrafo segundo). Hay que tener en cuenta que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, según establece el art. 3.2°, párrafo segundo, no resulta determinante a efectos de calificar esos notarios como “tribunales”, para el TJUE⁶⁴.

En este caso, la interpretación del TJUE es dudosa, dado que si efectivamente el notario polaco que redacta un certificado sucesorio no puede considerarse un tribunal, por tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se entiende entonces el motivo por el que lo fundamenta en el FD 44 de Oberle que señala que “el art. 4 del Reglamento 650/2012 determina la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros relativa a los procedimientos sobre medidas acerca de la totalidad de una sucesión, tales como, en particular, la expedición de los certificados sucesorios nacionales, con independencia de la naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria de esos procedimientos”⁶⁵. Como puede comprobarse, dice justo lo contrario que termina fallando el TJUE en el caso WB, pues en el caso Oberle es independiente a que el procedimiento sea contencioso o no. En definitiva, parece que solo los órganos judiciales están sometidos, en todo caso, a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento sucesorio y los órganos no judiciales, como los notarios, solo cuando el procedimiento es contradictorio⁶⁶. Sin embargo, esto no es una opinión unánime, pues como acabamos de ver en el caso Oberle se mantiene la postura de que los notarios deben aplicar las normas de competencia judicial internacional también en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, para evitar el fraccionamiento de la sucesión en lo referente a la determinación de la competencia judicial internacional⁶⁷.

18. Igualmente, en relación con la determinación del concepto de “funciones jurisdiccionales” realizadas por autoridades no judiciales, los notarios, se dictó la

⁶⁴ Vid. el comentario de F.M. Mariño Pardo, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE 23 mayo 2019”, *La Ley: Unión Europea*, n° 74, octubre 2019, pp. 1–28.

⁶⁵ M.J. Castellanos Ruiz, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE, 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C–20/17”, *CDT*, vol. 12, n° 1, pp. 473–511.

⁶⁶ A favor de esta postura, M. Requejo Isidro, “El art. 3, ap. 2, del Reglamento n° 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *REEL*, 42, 2020–1, p.10.

⁶⁷ Conclusiones del Abogado General en el asunto *Oberle*, C–20/17, EU:C:2018:89, ap. 10. A favor de esta postura, J. Carrascosa, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, marzo 2014, vol. 6, n° 1, pp. 16–17.

STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*⁶⁸, donde se planteó la interpretación del art. 3.2 Reglamento sucesorio, respecto al concepto de “tribunal”; los arts. 4 y 59 del Reglamento; y la sujeción de los notarios a las normas de competencia internacional del art. 3.1º.g) e i) del Reglamento sucesorio.

En el mismo sentido que el caso *WB*, se pronunció la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*⁶⁹, al considerar que los notarios lituanos no ejercen funciones jurisdiccionales cuando expiden un certificado de derechos sucesorios nacional. Este fallo es muy importante porque si se considera a los notarios lituanos como “tribunales” en el sentido del Reglamento sucesorio, *ex art.* 3.1º.g), el certificado de derechos sucesorios tendría consideración de resolución y, a efectos de su expedición podrían aplicarse los foros contenidos en el capítulo II del Reglamento sucesorio, y las normas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones del capítulo IV del Reglamento sucesorio. Sin embargo, si no se consideran “tribunales” a los efectos del Reglamento sucesorio, pero los certificados pueden considerarse “documentos públicos”, según el art. 3.1º.i), podrán aplicarse las normas del Reglamento sucesorio en relación con el reconocimiento y ejecución de documentos públicos, pero no las normas de competencia judicial internacional. En este último caso, de nuevo queda en entredicho el principio de unidad, pues los notarios fundamentarán su competencia en normas distintas a las recogidas en el Reglamento sucesorio, lo que puede originar títulos contradictorios en materia sucesoria dentro de los propios Estados miembros. El término “tribunal” incluye, por tanto, no solo los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios, a las oficinas del registro o a los profesionales del Derecho de los Estados miembros que, en virtud de su Derecho nacional, pueden ejercer funciones jurisdiccionales para sustanciar sucesiones, por delegación de un tribunal (Cdo. 21). Así se señala expresamente en la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno* (FD 46-56)⁷⁰.

En congruencia con la anterior decisión, el TJUE llega a la conclusión de que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, según establece el art. 3.2º, párrafo segundo, no resulta determinante a efectos de calificar esos notarios como “tribunales” (FD 61-63)⁷¹.

19. Como puede comprobarse, la cuestión de incluir a los notarios dentro de la definición del tribunal es muy polémica. Y así, el ATJUE 1 septiembre 2021, C-387/20, *OKR* da un paso más en esta definición al considerar que un notario no puede ser calificado, a efectos de poder presentar una cuestión prejudicial, de

⁶⁸ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ M. Requejo Isidro, “El art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 650/2012...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁷¹ *Vid.*, en relación a este tema, J.M. Fontanellas Morell, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, pp. 1-44.

“órgano jurisdiccional” en el sentido del art. 267 TFUE (FD 34). Lo cual aviva más el carácter controvertido de esta problemática. Y ello es así a pesar de tratarse de notarios pertenecientes a Estados, como ocurre en relación con los notarios españoles, que han comunicado a la Comisión que deben ser consideradas “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2º del Reglamento 650/2012 (e.justice.europa.eu)⁷². Se da la paradoja, por tanto, de que los notarios deben aplicar las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 650/2012 para determinar su competencia porque tienen función jurisdiccional y, por tanto, se consideran “tribunales”, a los efectos del Reglamento; y además tienen que respetar las normas de conflicto del Reglamento 650/2012. Ahora bien, a pesar de dicha función jurisdiccional no pueden interponer una cuestión prejudicial, pues según el TJUE los notarios no han de resolver un litigio ni deben dictar una resolución judicial, de modo que no ejercen funciones jurisdiccionales, en el sentido del art. 267 TFUE. Según el TJUE, para poder plantear una cuestión al Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial, el organismo remitente debe tener carácter de “órgano jurisdiccional” en el sentido del art. 267 TFUE, extremo que corresponde comprobar al Tribunal de Justicia (FD 21). Para el TJUE, por un lado, para dilucidar si el organismo remitente tiene la condición de “órgano jurisdiccional” a efectos del art. 267 TFUE, cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia, sobre la base de una decisión anterior del TJUE (STJUE 16 febrero 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15⁷³ (FD 22)). Y, por otro lado, para determinar si el organismo nacional en cuestión debe ser calificado de “órgano jurisdiccional” a efectos del art. 267 TFUE, es necesario examinar cuál es la naturaleza específica de las funciones que ejerce en el contexto normativo específico en el que decide pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, a fin de verificar si está pendiente un litigio ante organismo y si este debe adoptar su resolución en un procedimiento que concluya con una resolución judicial (STJUE 16 febrero 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15⁷⁴) (FD 23). Y todo ello, con independencia de que los Estados miembros decidan considerar los notarios como “tribunales” a los efectos del Reglamento, como ha hecho España. Por tanto, esta constatación no queda desvirtuada por el hecho de que el Reglamento de sucesiones precise, en su art. 3, ap. 2, que el concepto de “tribunal”, en el sentido de este Reglamento, comprende no solo a los órganos judiciales, sino también a todas las demás autoridades y a todos los demás profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones

⁷² J. M. Fontanellas Morell, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 ...”, *loc. cit.*, notas 22 y 122.

⁷³ EU:C:2017:126, FD 27.

⁷⁴ EU:C:2017:126, FD 28.

jurisdiccionales y que reúnan los requisitos establecidos en ese mismo artículo – como ya se señalara en la STJUE 16 julio 2020, E. E., C–80/19⁷⁵–, ya que el concepto definido de ese modo en el art. 3.2º Reglamento tiene un significado más amplio que el del mismo concepto en el art. 267 TFUE⁷⁶. Por lo que respecta a la alegación del notario relativa al hecho de que un notario solo podría ejercer efectivamente la función de control que le ha sido atribuida si, en un asunto cuyo objeto principal es la aplicación del Derecho de la Unión, pudiera plantear una cuestión prejudicial, según reiterada jurisprudencia, la existencia de recursos judiciales contra resoluciones permite garantizar, en todo caso, la efectividad del mecanismo de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE y la unidad de interpretación del Derecho de la Unión que dicha disposición del Tratado pretende garantizar, como señaló la STJUE 31 enero 2013, C–394/11, *Belov*⁷⁷.

D) Concepto de pacto sucesorio

20. El TJUE en su STJUE 9 septiembre 2021, C–277/20, *UM*⁷⁸, llegó a la conclusión de que conforme al art. 3.1º.b) Reglamento 650/2012, donde se define qué debe entenderse por pactos sucesorios –a saber, “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”– “un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes”, debía incluirse dentro de esa definición y, por tanto, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio (FD 36). Sin embargo, el art. 1.2º, g) Reglamento sucesorio excluye de su ámbito de aplicación la materia “bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades”. Se trata de una cuestión muy controvertida, en la que la doctrina internacional privatista ha debatido sobre la inclusión de las donaciones *mortis causa*, como una clase de pactos sucesorios, en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones defendiendo una calificación *lex causae* de estos actos⁷⁹. De hecho, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el

⁷⁵ EU:C:2020:569, FD 50.

⁷⁶ En contra de considerar que las autoridades no judiciales, como los notarios, puedan presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE, puede citarse M. Álvarez Torné, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, 2013, nota 30, p. 132; M. Requejo Isidro, “El art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 650/2012...”, *loc. cit.*, nota 18, p. 24.

⁷⁷ EU:C:2013:48, FD 52.

⁷⁸ STJUE 9 septiembre 2021, C–277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708.

⁷⁹ C. González Beilfuss, “Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. Ginebra Molins y J. Tarabal Bosch (dir), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 73. Aunque se trata del análisis del art. 1 Reglamento sucesorio, también A. Bonomi, “Art.1” en A. Bonomi/P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones: comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp.70–88.

órgano jurisdiccional remitente, el Gobierno alemán y la Comisión defendían su naturaleza sucesoria, en cambio el Gobierno español alegó que el contrato de donación debía considerarse una liberalidad y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones por el art. 1.2º, letra g.

A falta de una interpretación uniforme y autónoma de la literalidad de la exclusión, parte de la doctrina se había decantado por considerar las liberalidades que deban devengarse con la muerte del causante, como excluidas del Reglamento sucesorio, al otorgarles una naturaleza contractual⁸⁰. Pero, otra parte de la doctrina ha defendido la calificación de pactos sucesorios a las donaciones *mortis causa* y, su sometimiento a las normas del Reglamento de sucesiones⁸¹. Hay que tener en cuenta la distinta calificación de las donaciones *mortis causa* no solo en los distintos ordenamientos jurídicos, sino también dentro de nuestros Derecho forales, por lo que se hacía necesario una interpretación europea uniforme para evitar distorsiones a la hora de aplicar los distintos Reglamentos europeos⁸².

Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes. el 22 julio 1975, el padre de UM dispuso por contrato que, a su muerte, se transmitiera a su hijo y a su entonces nuera, por mitades, la propiedad de un terreno sito en Austria, incluido todo lo que, en el momento de su fallecimiento, se hubiera construido en él, con determinadas condiciones. Cuando se celebró el contrato, para el que se designó como ley aplicable el Derecho austriaco, todas las partes tenían su residencia habitual en Alemania. Entre las condiciones impuestas en dicho contrato, figuraban, en particular, la obligación del padre de UM de construir, en los diez años siguientes a la celebración del contrato, un edificio de dos viviendas y la circunstancia de que UM y su esposa siguieran casados y esta estuviera viva. En caso contrario, el contrato estipulaba que UM sería el único beneficiario. El padre de UM autorizó asimismo la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad austriaco preveía presentación de un certificado de defunción oficial y de la prueba del cumplimiento de las condiciones impuestas para la ejecución de la transmisión. Antes del fallecimiento del padre de UM, acaecido el 13 mayo 2018 en Colonia (Alemania), UM y su esposa se habían divorciado y posteriormente esta había fallecido. El procedimiento

⁸⁰ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento UE nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 71.

⁸¹ J.M. Fontanellas Morell, “Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, 465–484 y A. Font i Segura, “Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en E. Ginebra Molins y J. Tarabal Bosch (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 161–192.

⁸² N. Goñi Urriza, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio: comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021, UM, C-277/20”, *CDT*, marzo 2022, vol. 14, nº 1, p. 738.

sucesorio se abrió ante el Amtsgericht Köln (Tribunal de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania), lugar de la última residencia del padre de UM. El Registro de la Propiedad austríaco denegó la inscripción del título de propiedad porque no se consideraron acreditadas las condiciones impuestas en el contrato —no se había construido edificio alguno— conforme a la ley austríaca aplicable al caso por mor de la cláusula de elección de ley incluida en el mismo. La decisión se recurrió ante el Tribunal Regional de Klagenfurt que la confirmó por entender, entre otras cuestiones, que el Reglamento de Sucesiones no era aplicable, “debido a la elección del Derecho austríaco” en el contrato. El hijo del donante interpuso recurso ante el Tribunal Supremo austríaco que entendió que la validez de la elección del Derecho austriaco como ley aplicable en un contrato por el que se transmite la propiedad *mortis causa* y la aplicación del Reglamento de Sucesiones a este contrato son cuestiones previas, que debe examinar de oficio para poder responder a la cuestión de la competencia funcional del gestor procesal en el litigio principal. El Tribunal Supremo austríaco consideró que se celebró un contrato de transmisión de la propiedad *mortis causa* a favor del hijo del causante, pero se pregunta, en primer lugar, sobre si tal contrato está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Sucesiones y puede calificarse de “pacto sucesorio” a los efectos del art. 3, ap. 1, letras b) y d) RES. En segundo lugar, el Tribunal Supremo austríaco se pregunta si, siendo de aplicación el Reglamento de Sucesiones a la donación *mortis causa*, si el art. 83.2 RES es aplicable a un acuerdo de elección de ley efectuada (cláusula f) del contrato antes del 17 agosto 2015 para un contrato de donación *mortis causa*.

En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente, el Gobierno alemán y la Comisión defendían su naturaleza sucesoria, en cambio el Gobierno español alegó que el contrato de donación debía considerarse una liberalidad y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones por el art. 1.2º, letra g.

Pues bien, el TJUE en primer lugar, se pregunta si el litigio se encuentra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio. Para ello, se asienta en varias consideraciones llegando a la conclusión de que sí es aplicable el Reglamento sucesorio:

1º Es cierto, que el art. 1.2º.g) Reglamento sucesorio, excluye de su ámbito de aplicación material los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos mediante liberalidades (FD 34). Esta exclusión ya fue criticada por parte de la doctrina que defendía la calificación de las donaciones *mortis causa* como pactos sucesorios⁸³.

⁸³ J.M. Fontanellas Morell, “Las donaciones *mortis causa* ...”, *loc. cit.*, 465–484; A. Font i Segura, “Los pactos sucesorios...”, *loc. cit.*, pp. 161–192; N. Goñi Urriza, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio...”, *loc. cit.*, p. 737.

2º Dicha exclusión debe interpretarse de manera estricta (FD 34).

3º En congruencia con lo anterior, la donación podría entenderse una liberalidad en el sentido referido, siempre que surtiera efectos antes del fallecimiento del *de cuius*.

4º Dado que, en este caso, no surte efectos hasta su fallecimiento, el TJUE entiende comprendida la donación en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio europeo (FD 35).

En definitiva, lo esencial es el momento en el que surte efectos la donación. Si surte efectos antes de la muerte del causante se considera una liberalidad y se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, pero si surte efectos después de la muerte del causante se considera un pacto sucesorio y se regula por la normativa europea sucesoria. De nuevo, en las conclusiones del AG se apela a la unidad de ley para acabar aplicando el Reglamento sucesorio, pues la calificación contraria produciría la exclusión de otros actos destinados a planificar la transmisión de la propiedad por causa de muerte del causante⁸⁴. Sin embargo, no hay que olvidar que el propio Reglamento sucesorio permite la quiebra de la unidad de ley cuando admite el renvío, o cuando permite que los tribunales solo sean competentes para conocer de la sucesión de los bienes situados en su territorio, entre otros asuntos.

21. Este pronunciamiento del TJUE viene a colmar una necesidad de interpretación autónoma de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado y, por tanto, de los conceptos de pacto sucesorio (art. 3 RES) y de liberalidad (art. 1.2º, letra g del RES) como método de transmisión de bienes o derechos que se devenga por muerte del causante, sin tener en cuenta el concepto que de donaciones *mortis causa* se tenga en Derecho interno. Así el TJUE se inclina por sostener la naturaleza sucesoria del negocio jurídico para evitar la fragmentación de la sucesión (FD 33). Esta interpretación es conforme al principio de unidad de la sucesión, puesto que permite establecer un régimen uniforme aplicable a todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte con repercusiones transfronterizas y en particular a “cualquier forma de transmisión de bienes [...] por causa de muerte”, como señala el Cdo. 9. Con ese fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar la fragmentación de la sucesión, el Reglamento prevé la unidad de la ley sucesoria para el conjunto del patrimonio del causante. El TJUE se plantea las consecuencias de la interpretación contraria, considerando que produciría la exclusión de otros actos destinados a planificar la transmisión de la propiedad por causa de muerte del causante. La consecuencia, por tanto, sería clara: dichos actos quedarían sujetos a distintas normas de conflicto, como el Reglamento Roma I, lo que podría menoscabar enormemente

⁸⁴ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, UM, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, ap. 48.

el principio de unidad sucesoria, no solo en lo relativo a la ley aplicable sino también en cuanto a la competencia judicial internacional se refiere⁸⁵.

Además de esta cuestión, también se planteó si cabía la elección de ley parcial, respecto a un pacto sucesorio de los contemplados en el art. 3.1º.b) Reglamento sucesorio, efectuada con anterioridad a su entrada en vigor el 17 agosto 2015, que se verá en su epígrafe correspondiente.

E) Determinación de la residencia habitual del causante a los efectos de aplicar los foros

22. La STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*⁸⁶ tuvo que enfrentarse a la interpretación del concepto de residencia habitual del causante a los efectos de aplicar los foros contemplados en el Reglamento sucesorio, en concreto, en relación a la posibilidad de que el causante pudiera tener varias residencias habituales en distintos Estados miembros, en las situaciones complejas, tal y como se recoge en los cdos. 23 y 24 Reglamento sucesorio. El problema de interpretación estriba en si solo puede haber un tribunal competente por el foro de la última residencia habitual de causante o si pueden existir varios tribunales competentes por los distintos lugares de la residencia habitual del *de cuius*. Se trata de una de las cuestiones prejudiciales más importantes planteadas hasta ese momento al TJUE, pues la conexión de la residencia habitual vertebraba tanto la determinación de los tribunales competentes como de la ley aplicable a una sucesión internacional, incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio⁸⁷.

23. Para determinar el tribunal competente, ha señalado el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, que hay que tener en cuenta, en primer término, el Estado miembro de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento y, en segundo término, para comprobar que tiene la sucesión repercusión transfronteriza, comprobar si esa residencia puede fijarse en otro Estado miembro por virtud de la ubicación de otro elemento de la sucesión en un Estado miembro distinto del de la residencia habitual del causante. A este respecto procede señalar que, aunque ninguna disposición del Reglamento 650/2012 define el concepto de “residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento” a los efectos de este Reglamento, en sus cdos. 23 y 24 se reconocen indicaciones útiles.

Según el cdo. 23, la determinación de la residencia habitual del causante corresponde a la autoridad que sustancie la sucesión y, a tal fin, esta autoridad

⁸⁵ N. Goñi Urriza, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio...”, *loc. cit.*, p. 743.

⁸⁶ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, ECLI:EU:C:2020:569.

⁸⁷ *Vid.* sobre el concepto de residencia habitual en el Reglamento sucesorio, J. Carrascosa González, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 47-75.

debe tener en cuenta tanto el hecho de que el nexo general viene constituido por la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento como el conjunto de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes al fallecimiento y en el momento de este, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual determinada de esta forma debería revelar un vínculo estrecho y estable entre la sucesión y el Estado de que se trate (FD 38).

A este respecto, el cdo. 24 de dicho Reglamento menciona diferentes supuestos en los que puede resultar complejo determinar la residencia habitual. Así, según la última frase de este considerando, si el causante fuera nacional de un Estado o tuviera en ese Estado sus principales bienes, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas, 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 (FD 39). Por ello, el TJUE señala que, de ello se desprende 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. En realidad, no se entiende esta cuestión prejudicial pues es de claridad meridiana que solo puede haber un tribunal competente y una sola ley aplicable y, por tanto, una sola residencia habitual del causante.

En este sentido, el Abogado General en los puntos 40 a 42 de sus conclusiones y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, interpreta las disposiciones del Reglamento 650/2012 en el sentido de que si la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento pudiera fijarse en varios Estados miembros entrañaría la fragmentación de la sucesión, habida cuenta de que dicha residencia constituye el criterio para la aplicación de las reglas generales recogidas en los arts. 4 y 21 de dicho Reglamento, según los cuales tanto la competencia de los tribunales para resolver sobre la totalidad de la sucesión como la ley aplicable a la totalidad de la sucesión se determinan en función de esta residencia⁸⁸. Por lo tanto, esa interpretación sería incompatible con los objetivos del referido Reglamento⁸⁹.

24. En definitiva, el TJUE señala que debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de “sucesión con repercusión transfronteriza”

⁸⁸ L. Carrillo Pozo, “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del de cuius...”, *loc. cit.*, pp. 755–766; M. Lehmann, [<https://capil.org/2020/10/21/a-major-cjeu-decision-on-the-succession-regulation-the-case-of-e-e/>].

⁸⁹ *Vid.*, en este sentido, STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, EU:C:2017:755, FD 57, y STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, EU:C:2018:485, FD 53–55.

una situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto, mientras que los llamados a sucederlo tienen su residencia en estos dos Estados miembros. Así, establece que “la autoridad que sustancia la sucesión debe fijar en uno solo de dichos Estados miembros la última residencia habitual del causante, en el sentido de dicho Reglamento” (FD 45). Da la sensación de que los diferentes elementos extranjeros de la sucesión conllevarían la determinación de los posibles tribunales competentes cuando, en realidad, si hubiera que ponderar esos elementos extranjeros en favor de un tribunal distinto al de la residencia habitual del causante, tenemos el art. 21.2º Reglamento sucesorio que, podría aplicarse, *mutatis mutandis*, para determinar la competencia judicial internacional.

Sin embargo, desaprovecha la ocasión el TJUE para señalar que, en este caso en concreto, la residencia habitual se encontraba en Alemania, con independencia de todos los demás elementos que conectaban la sucesión con Lituania. La residencia habitual no se puede identificar, con carácter general, con el Estado de la nacionalidad del causante, ni con el lugar de situación de los bienes hereditarios. Muy al contrario, se debe identificar con el lugar donde se encuentre “el centro de vida de la persona”, pues solo podrían aplicarse las presunciones de los cdos. 23 y 24 cuando se dieran las circunstancias previstas en esos considerandos, cuando, por ejemplo, por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, que no es el caso en cuestión.

A mi modo de ver el TJUE y el AG confunde el elemento extranjero de la sucesión, objeto de regulación del Reglamento sucesorio, con la concreta determinación del tribunal competente. Son dos cosas distintas.

2. Acuerdo de elección del foro y de la ley aplicable a la sucesión

25. Siguiendo con la interpretación realizada por la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *Kauno*, se planteó en su sexta cuestión prejudicial, si los arts. 4, 5, 7 y 22 del Reglamento 650/2012 debían interpretarse en el sentido de que la voluntad del *de cuius* y el acuerdo entre los llamados a sucederlo podían llevar a la determinación de un tribunal competente en materia de sucesiones y a la aplicación de una ley sucesoria de un Estado miembro distintas de las que resultarían de la aplicación de los criterios dimanantes de dicho Reglamento. El art. 7 Reglamento sucesorio establece que los tribunales del Estado miembro cuya ley ha sido elegida por el causante en virtud del art. 22 tendrán competencia para resolver sobre la sucesión. Dichos tribunales pueden ser los del Estado de la

nacionalidad del causante en el momento de la elección de ley o los del Estado de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento, pues son las dos únicas opciones de elección de ley que tiene el causante, conforme al art. 22 del Reglamento 650/2012. Para que este foro de la nacionalidad opere es necesario que se den dos condicionantes: que el causante elija la ley de un Estado miembro y que la elección de tribunal por parte de los llamados a suceder se haga por escrito, con la fecha y firmada por las partes. Se considera hecha por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 5.2 Reglamento sucesorio).

Si recordamos los hechos en cuestión del caso Kauno, la sucesión internacional estaba básicamente conectada con Lituania salvo la última residencia habitual de la causante que se encontraba en Alemania, país donde falleció. El hijo nacional lituano intenta abrir la sucesión ante un notario lituano, pero se declara incompetente porque consideró que debían ser las autoridades alemanas las competentes para conocer de la sucesión internacional.

En lo que atañe a la determinación del tribunal competente en materia de sucesiones, procede señalar que el art. 4 Reglamento 650/2012 establece una norma general según la cual los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tienen competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión, mientras que el art. 5, ap. 1, de este Reglamento contiene disposiciones que se apartan de esa norma general y admite la posibilidad de que las partes en el procedimiento sucesorio acuerden atribuir la competencia a los tribunales de un Estado miembro distinto del que resultaría de la aplicación de los criterios dimanantes de dicho Reglamento. De conformidad con el art. 5, ap. 1 Reglamento 650/2012, las partes en el procedimiento pueden acordar que los tribunales del Estado miembro cuya ley haya elegido el causante para regir su sucesión, en virtud del art. 22 del mismo Reglamento, tengan competencia exclusiva para resolver cualquier cuestión relativa a la sucesión.

26. Lo que no se entiende es el motivo de esta cuestión prejudicial, pues en ningún caso en el litigio se plantea ni la *professio iuris* realizada por la causante lituana ni, por tanto, la elección del foro lituano, por ser el país de la nacionalidad de la testadora. Se trata de una pregunta hipotética sin fundamentación jurídica alguna. De hecho, TJUE deja claro que, “en el presente caso, aunque de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende que las partes en el procedimiento sucesorio hayan celebrado un acuerdo conforme con los mencionados requisitos en orden a atribuir la competencia exclusiva a los tribunales lituanos, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que el cónyuge supérstite de la causante, de nacionalidad alemana y que convivía con ella en

Alemania en el momento del fallecimiento, había declarado que admitía la competencia de los tribunales lituanos” (FD 85).

Y efectivamente, como ha señalado el Abogado General en el punto 121 de sus conclusiones, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si tal declaración tiene, en el procedimiento principal, un efecto atributivo de competencia a los efectos del art. 7, letra c), del Reglamento 650/2012.

Por lo que se refiere a la cuestión de si la voluntad del *de cuius* y el acuerdo entre los llamados a sucederlo pueden llevar a la aplicación de una ley sucesoria de un Estado miembro distinta de la que resultaría de la aplicación de los criterios dimanantes del Reglamento 650/2012, procede señalar que, en virtud del ap. 1, párrafo primero, del art. 22 de este, titulado “Elección de la ley aplicable”, una persona puede elegir como ley rectora de la totalidad de su sucesión la del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar esa elección o en el momento de su fallecimiento. Además, el ap. 2 del mentado art. 22 precisa que dicha elección debe hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa* o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

En este caso concreto, habida cuenta de que la ley lituana es la ley del Estado miembro del que la causante era nacional en el momento del fallecimiento, podía elegirse válidamente esta ley en virtud del art. 22, ap. 1, Reglamento 650/2012. A este respecto, el TJUE considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal elección resulta de los términos del testamento del litigio principal, de conformidad con el art. 22, ap. 2, de dicho Reglamento. Y aunque el testamento se otorgó en Lituania, el 4 julio 2013, antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, pero el fallecimiento de la causante se produjo con posterioridad al 17 agosto 2015, después de la fecha de entrada en aplicación de las normas establecidas en dicho Reglamento, se pueden aplicar las disposiciones transitorias, que se recogen en el art. 83.1º Reglamento 650/2012. El ap. 2 del art. 83 de dicho Reglamento se refiere a los supuestos en que el causante hubiera elegido, antes del 17 agosto 2015, la ley aplicable a su sucesión: “Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 agosto 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía”. Como ha indicado el Abogado General en el punto 102 de sus conclusiones, este precepto tiene por objeto preservar la voluntad del testador y, para que la elección sea válida, debe cumplir los requisitos fijados en dicho precepto. En cambio, el ap. 4 del citado artículo rige los supuestos en los que la disposición *mortis causa* no contiene tal elección. Más concretamente, conforme al mentado ap. 4, si una disposición *mortis causa* se ha realizado

antes del 17 agosto 2015 con arreglo a la ley que el causante podía elegir de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión. Este precepto puede aplicarse en el caso de autos, dado que, por una parte, el testamento de que se trata en el litigio principal se realizó antes del 17 agosto 2015 y, por otra parte, podía elegirse la ley lituana, de conformidad con el art. 22, ap. 1, párrafo primero, del Reglamento 650/2012, puesto que la causante poseía la nacionalidad lituana en el momento en que se realizó dicho testamento. Por consiguiente, ha de reputarse que esta ley, con arreglo a la cual se realizó el testamento, fue elegida como ley aplicable a la sucesión objeto del litigio principal.

Y, a este respecto, el TJUE nos recuerda, para terminar, que, como resulta del cdo. 27 de este Reglamento, sus disposiciones están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho: *lex fori in foro proprio*.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, procede responder a la sexta cuestión prejudicial que los arts. 4, 5, 7, 22 y 83, aps. 2 y 4 Reglamento 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que la voluntad del *de cuius* y el acuerdo entre los llamados a sucederlo pueden llevar a la determinación de un tribunal competente en materia de sucesiones y a la aplicación de una ley sucesoria de un Estado miembro distintas de las que resultarían de la aplicación de los criterios dimanantes de dicho Reglamento (FD 96). Esta afirmación es obvia, pero la pregunta que habría que hacerse en este caso concreto, es ¿de qué voluntad del *de cuius* estamos hablando, si no existe tal voluntad?

27. En consecuencia, siguiendo esta interpretación tan laxa del TJUE, siempre que se elija un notario de la nacionalidad del causante para organizar su sucesión se podrá plantear la posibilidad de la *professio iuris* tácita y, por tanto, la elección de tribunal, si es en favor de un notario de un Estado miembro. Esto es, en realidad, lo que se denomina la voluntad hipotética que, a mi modo de ver, no puede admitirse en el ámbito del Reglamento sucesorio. El TJUE se ha extralimitado a la hora de interpretar la sumisión tácita en favor de los tribunales de un Estado miembro, de donde es nacional el causante, por considerar que puede haber una elección tácita de ley válida por la nacionalidad del notario donde se firma el testamento⁹⁰. El Cdo. 28 del Reglamento sucesorio no deja lugar a duda: no cabe la *professio iuris* hipotética en cuanto a la elección de la ley aplicable y, consecuentemente, tampoco para la elección del tribunal.

⁹⁰ E. Castellanos Ruiz, “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones”, *Revista de Derecho patrimonial*, 2019, n. 50, pp. 1–22.

3. Competencia subsidiaria del tribunal donde se encuentran los bienes del causante

28. La STJUE 7 abril 2022, C-645/20, VA, ZA⁹¹ tiene por objeto la interpretación del art. 10.1º.a) Reglamento 650/2012. El art. 10.1º Reglamento 650/2012, bajo la rúbrica “Competencia subsidiaria”, establece:

“Aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que: a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto, b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual”.

La pregunta que se le hace al TJUE es: “¿Deben interpretarse las disposiciones del art. 10.1º.a) del Reglamento 650/2012 en el sentido de que, cuando el causante no tenga su residencia habitual en un Estado miembro en el momento del fallecimiento, el tribunal de un Estado miembro que compruebe que dicho causante no había establecido su residencia habitual en ese Estado miembro, pero tenía la nacionalidad de dicho Estado y era propietario de bienes situados en él, debe determinar de oficio su competencia subsidiaria, establecida en dicho texto?”. La clave, por tanto, de la cuestión prejudicial radica en determinar si la competencia subsidiaria de los tribunales de la Unión Europea debe terminarse de oficio o a instancia de parte.

29. Los hechos que dieron lugar a la presentación de esta cuestión son los siguientes. XA, de nacionalidad francesa, falleció el 3 septiembre 2015, en Francia. Desde 1981, residía en el Reino Unido, donde contrajo matrimonio con TP en 1996. Aquejado de una enfermedad, había regresado a Francia para vivir con uno de sus hijos a partir agosto 2012, en un apartamento adquirido dos meses antes por medio de una sociedad civil inmobiliaria de la que era socio. XA dejó una esposa, TP, nacional del Reino Unido, y tres hijos habidos de una primera unión, YA y los demandantes en el litigio principal. Al haber fallecido YA entretanto, los demandantes en el litigio principal indicaron que también actuaban en condición de derechohabientes de su hermano. XA poseía bienes de la herencia en Francia. Los demandantes en el litigio principal demandaron a TP ante los tribunales franceses instando el nombramiento de un administrador de la herencia para que administrara la totalidad de la sucesión del causante, invocando la aplicación del art. 4 Reglamento 650/2012 y el hecho de que el causante tenía su residencia habitual en Francia en el momento de su fallecimiento. Mediante

⁹¹ STJUE 7 abril 2022, C-645/20, VA, ZA, ECLI:EU:C:2022:267.

auto de 12 diciembre 2017, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Nanterre (Francia), pronunciándose en un procedimiento sobre medidas provisionales, se declaró competente para conocer de la demanda de los demandantes en el litigio principal en virtud del art. 4 Reglamento 650/2012. En consecuencia, se nombró un administrador de la herencia. Mediante sentencia de 21 febrero 2019, Tribunal de Apelación de Versalles (Francia) revocó dicho auto y, con arreglo al Reglamento 650/2012, declaró que los tribunales franceses no eran competentes para resolver sobre la totalidad de la sucesión del causante con arreglo al art. 4 Reglamento 650/2012, debido, en esencia, a que la residencia habitual del causante seguía estando en el Reino Unido en el momento de su fallecimiento. Los demandantes en el litigio principal interpusieron ante el Tribunal de Casación francés, órgano jurisdiccional remitente, un recurso de casación contra dicha sentencia, alegando, en particular, que el Tribunal de Apelación de Versalles había incurrido en error de Derecho, al no tomar en consideración el art. 10 Reglamento 650/2012, en el que se establece, con carácter subsidiario, la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren bienes de la herencia para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión, pese a que el causante no tenía su residencia habitual en Francia en el momento de su fallecimiento, pero sí poseía la nacionalidad de dicho Estado miembro y era propietario de bienes situados en Francia.

La Corte de Casación francesa alega, por una parte, que los demandantes en el litigio principal no invocaron el art. 10 Reglamento 650/2012 ante el Tribunal de Apelación de Versalles. Por consiguiente, se plantearía la cuestión de si dicho tribunal de apelación, que constató que XA era de nacionalidad francesa y poseía bienes en Francia en el momento de su fallecimiento, estaba obligado a examinar de oficio los criterios de su competencia subsidiaria en virtud del citado art. 10. Sin embargo, por otro lado, para la Corte de Casación francesa, parece lógico que la competencia subsidiaria se determine de oficio, en coherencia con el principio de que el Reglamento 650/2012 establece un sistema de resolución de conflictos de jurisdicción donde, los tribunales de los Estados miembros requeridos para conocer de un litigio, deben aplicar de oficio, siempre que ese litigio se encuentre dentro del ámbito material del Reglamento sucesorio (FD 20).

El TJUE llegó a la conclusión de que la aplicación del art. 10.1.a) Reglamento sucesorio, para determinar la competencia judicial internacional subsidiaria de un tribunal de un Estado miembro, debe comprobarse oficio, pues como señaló el Abogado General, en los puntos 67 y 68 de sus conclusiones, el empleo de la expresión “serán competentes” indica que dicha competencia tiene carácter obligatorio⁹². Ahora bien, se tienen que dar las siguientes circunstancias:

⁹² STJUE 7 abril 2022, C-645/20, VA, ZA, ECLI:EU:C:2022:267, FD 29.

- 1º Que se trate de una sucesión en la que el causante no tenga su última residencia habitual en el momento el fallecimiento en un Estado miembro.
- 2º Que se le hubiera planteado el conocimiento del litigio derivado de una sucesión internacional sobre la base de la competencia general del art. 4 Reglamento sucesorio.
- 3º Que el tribunal fuera incompetente por la última residencia habitual del causante en ese Estado miembro pero el causante tuviera bienes hereditarios en ese Estado y sea nacional del Estado de situación de los bienes, lo que le convierte en competente para conocer de la totalidad de la sucesión de que se trate que el causante sea nacional del Estado de situación de los bienes (FD 29)
- 4º Todo ello, con independencia de que los litigantes hubieran invocado la competencia subsidiaria contemplada en el art. 10 Reglamento sucesorio.

30. Llegados a este punto habría que preguntarse por la relación existente entre los foros de competencia general (art. 4) y el foro subsidiario (art. 10). El TJUE resuelve la relación entre estos foros de modo competencial, y no sobre la base del principio de jerarquía.

De esta forma, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

- a) Los foros contemplados en los arts. 4 –competencia general– y 10 –competencia subsidiaria– Reglamento sucesorio recogen criterios uniformes de competencia judicial internacional para resolver la totalidad de la sucesión⁹³.
- b) No se pueden elegir, en función de los intereses de los litigantes, salvo lo establecido en el art. 5 Reglamento sucesorio donde se permite la elección de tribunal competente dentro de unos límites claramente establecidos⁹⁴.
- c) El que cada uno de estos foros se refiera a supuestos distintos, no significa que el foro subsidiario del art. 10 sea menos vinculante que el foro general del art. 4 Reglamento 650/2012⁹⁵.

⁹³ *Ibid.*, FD 30.

⁹⁴ *Ibid.*, FD 32.

⁹⁵ *Ibid.*, FD 33.

- d) Son dos normas equivalentes, donde el foro del art. 10 es complementario a la norma de competencia general establecida en el art. 4 Reglamento sucesorio⁹⁶.
- e) El foro del art. 10.1 Reglamento sucesorio contribuye a alcanzar el principio de la buena administración de justicia por lo que su aplicación no puede depender de que sea invocado por las partes en el procedimiento⁹⁷.
- f) El juez que se declare competente de forma subsidiaria puede tener en cuenta para fundamentar su competencia hechos distintos a los alegados por el demandante (FD 42); es decir, el juez está obligado a examinar su eventual competencia a la luz de toda la información de que disponga y no únicamente sobre la norma de competencia alegada por las partes interesadas⁹⁸.
- g) El hecho de que la aplicación de este foro provoque la no coincidencia entre la competencia judicial y la ley aplicable a la sucesión, principio de *la lex fori in foro proprio* recogido por el cdo. 27 Reglamento 650/2012, no es óbice para no comprobar su competencia por el foro subsidiario, puesto que se trata de un principio que no tiene carácter absoluto⁹⁹.

31. La relevancia de esta decisión es difícil de ver, pues que los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren los bienes de la herencia son competentes de forma subsidiaria para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión se deduce claramente del Reglamento sucesorio. Se trata de una “competencia subsidiaria”, como indica expresamente la rúbrica del art. 10 Reglamento sucesorio y el Cdo. 30 Reglamento sucesorio. Este carácter subsidiario se manifiesta en dos sentidos.

En primer lugar, no debe existir un tribunal o tribunales competentes en virtud del foro de la nacionalidad del causante que haya sido, además, elegido por las partes mediante un “acuerdo formal de litigación” (arts. 5, 6.b y 7.b Reglamento sucesorio). En efecto, si concurren las circunstancias que activan el foro de la nacionalidad del causante (art. 7 Reglamento sucesorio) y las partes han elegido litigar ante dicho tribunal mediante un “acuerdo formal de litigación”, entonces los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia deben declararse incompetentes y deben abstenerse de conocer (art. 6.b Reglamento sucesorio).

⁹⁶ *Ibid.*, FD 34.

⁹⁷ *Ibid.*, FD 41.

⁹⁸ *Ibid.*, FD 43.

⁹⁹ *Ibid.*, FD 44.

Y, en segundo lugar, el causante no debe tener su residencia habitual, en el momento del fallecimiento, en un Estado miembro. Si ello fuera así, los únicos tribunales competentes serían los tribunales del Estado miembro donde se halla tal residencia habitual. Los tribunales del Estado miembro donde se hallan los bienes deberán, en tal caso, declararse de oficio incompetentes.

32. Para la activación del foro del lugar de situación de los bienes de la herencia en un Estado miembro, el art. 10 Reglamento sucesorio exige que concurra, además, un “factor extra de vinculación” que puede venir determinado por dos elementos, de modo que se exige que concurra alternativamente, uno u otro: a) El Estado miembro donde se hallan los bienes de la herencia debe ser el Estado cuya nacionalidad poseyera el causante en el momento del fallecimiento (art. 10.1º.a Reglamento sucesorio); o, b) El Estado miembro donde se hallan los bienes de la herencia debe ser el Estado donde el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual (art. 10.1º.b Reglamento sucesorio). Pues bien, la única cuestión que no soluciona el art. 10 expresamente, es si debe aplicarse de oficio o a instancia de parte, lo cual creo que tampoco hubiera hecho falta plantear una cuestión prejudicial en este sentido, pues los foros de competencia judicial son de obligado cumplimiento por todos los jueces de los Estados miembros y se aplican de oficio, no es opcional. Valga esta decisión para incidir en el carácter imperativo de los foros y en su aplicación de oficio, por si algún tribunal europeo se encontrara despistado.

4. Foro de la renuncia o aceptación en el Estado de la residencia habitual del heredero

33. La validez de la declaración relativa a la renuncia a la herencia en un Estado miembro distinto de aquel del tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión, es decir, la declaración realizada ante el tribunal del Estado miembro de residencia habitual del heredero, conforme establece el art. 13 Reglamento sucesorio, ha sido objeto de la STJUE 2 junio 2022, C-617/20, *T. N., N. N.*¹⁰⁰.

Además del tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en virtud del Reglamento 650/2012, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquier persona que, con arreglo a la ley aplicable a la sucesión, pueda efectuar ante un tribunal una declaración relativa a la aceptación de la herencia, de un legado o de la parte legítima o la renuncia a los mismos, o una declaración de limitación de su responsabilidad respecto a las deudas y demás cargas de la herencia, serán competentes para conocer de esas

¹⁰⁰ STJUE 2 junio 2022, C-617/20, *T.N., N.N.*, ECLI:EU:C:2022:426.

declaraciones cuando, con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, las mismas puedan hacerse ante un tribunal. El art. 13 Reglamento sucesorio, por tanto, tiene como objetivo “facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquél en que se sustancia o se sustanciará la sucesión” (Cdo. 32). Así lo recuerda el TJUE en su STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Vincent Pierre Oberle*¹⁰¹. Las personas que se acojan a la posibilidad de hacer declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual deben informar ellas mismas al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión.

Se planteó un litigio en relación con una sucesión de un neerlandés, W.N., que muere con residencia habitual en Alemania en 2018. La esposa tenía derecho a heredar las tres cuartas partes de la herencia de W.N. y a los sobrinos del causante, residentes ambos en los Países Bajos, un octavo cada uno de la referida herencia. Los sobrinos, sin embargo, formularon una declaración relativa a la renuncia a la herencia del causante ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, que fue inscrita en el registro de sucesiones llevado por dicho tribunal el 30 septiembre 2019, tres meses y medio después de que fueran informados de la herencia de su tío. Aunque los sobrinos mandan al tribunal competente de la sucesión una copia de las actas de renuncia, al no estar traducidas, no se consideraron válidas y, por tanto, aparecieron como herederos en el certificado sucesorio, que había solicitado la esposa del causante. Ellos interponen recurso ante el Tribunal de lo Civil y Penal de Bremen y envían otras copias, esta vez en color, traducidas al alemán, de la renuncia realizada ante el tribunal de su residencia habitual en los Países Bajos. Al no presentar los originales, se rechaza el recurso, y se les sigue manteniendo como herederos de su tío y se remite el recurso al Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Bremen, Alemania, declarando que, dado que los sobrinos del causante no habían renunciado a la herencia del causante dentro del plazo establecido, se consideraba que habían aceptado la herencia. A juicio de ese tribunal, para que la declaración relativa a la renuncia a la herencia hubiera sido válida, no bastaba con que el órgano jurisdiccional alemán competente fuera simplemente informado de la declaración de renuncia realizada ante el tribunal neerlandés de que se trata, ni que se le enviara copia de las actas relevantes, sino que era preciso que dispusiera de las actas originales relevantes. Sin embargo, según el referido tribunal, estas no le fueron presentadas hasta después de expirado el plazo de seis meses previsto en el art. 1944, ap. 3 del BGB.

¹⁰¹ STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485, FD 42: “De este modo, el art. 13 del Reglamento 650/2012, a la luz del cdo. 32, pretende simplificar los trámites de los herederos y de los legatarios, estableciendo excepciones a las reglas para determinar la competencia previstas en los arts. 4 a 11 del propio Reglamento”.

En este caso en cuestión, se plantea si para el caso de que un heredero haga una declaración relativa a la renuncia a la herencia ante el tribunal competente de su lugar de residencia habitual, –distinto al tribunal competente de la residencia habitual del causante, para conocer de la sucesión– con arreglo a los arts. 13 y 28 del Reglamento 650/2012, cuáles son los requisitos exigidos para que se considere realizada dentro de plazo esa declaración puesto que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, debe realizarse dentro de un determinado plazo, ante el tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión. Existen varias posturas doctrinales. Por un lado, conforme a una primera postura doctrinal y jurisprudencial que, según el órgano jurisdiccional remitente, es mayoritaria, la validez de tal declaración ante el tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión resulta del mero hecho de que se realice ante el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del heredero¹⁰². Ahora bien, por otro lado, según una segunda corriente doctrinal y jurisprudencial, la declaración relativa a la renuncia a la herencia solo es válida si se transmite en forma y plazo al tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión o, en todo caso, si se pone en conocimiento de este último. A este respecto, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, del cdo. 32 del Reglamento 650/2012 podría deducirse que, para el legislador de la Unión, esa declaración solo puede producir efectos una vez puesta en conocimiento de ese tribunal. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente precisa que el art. 13 del Reglamento 650/2012, contrariamente al Derecho alemán, no prevé la obligación del tribunal del Estado miembro de residencia habitual del heredero de poner la declaración relativa a la renuncia a la herencia realizada ante él, en conocimiento del tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión¹⁰³. Pues bien, teniendo en cuenta estas dos posturas que el TJUE recoge en su sentencia, y en estas circunstancias, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Bremen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales, sobre la validez de esta renuncia.

34. De todas las cuestiones planteadas, esencialmente, la clave está en si los arts. 13 y 28 Reglamento 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que una declaración relativa a la renuncia a la herencia realizada por un heredero ante un tribunal del Estado miembro de su residencia habitual se considera válida en cuanto a la forma cuando los requisitos formales aplicables ante ese tribunal hayan sido respetados, o si es necesario, a efectos de esa validez, que cumpla los requisitos de forma exigidos por la ley aplicable a la sucesión. Este es el *quid* de la cuestión. De hecho, el TJUE lo tiene claro y da una solución general y grupal a todas las cuestiones planteadas. Pues bien, para entender la conclusión a la que llega el TJUE hay que partir de las siguientes normas.

¹⁰² STJUE 2 junio 2022, C-617/20, T.N., N.N., ECLI:EU:C:2022:426, FD 26.

¹⁰³ *Ibid.*, FD 27.

Por un lado, el art. 13 Reglamento sucesorio prevé un foro alternativo de competencia judicial, al foro de la última residencia habitual del causante, que pretende permitir a los herederos que no tengan su residencia habitual en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes para pronunciarse sobre la sucesión, con arreglo a las reglas generales de los arts. 4 a 11 Reglamento 650/2012, integradas en el capítulo II, realizar sus declaraciones relativas a la aceptación de la sucesión o a su renuncia ante un tribunal del Estado miembro en el que tengan su residencia habitual. Se trata de un foro que pretende simplificar la vida de los posibles herederos a la hora de renunciar o aceptar la herencia, cuando residan en un país distinto de la residencia habitual del causante. Situación que puede ser muy normal, si tenemos en cuenta que se trata de una sucesión transfronteriza¹⁰⁴.

Por otro lado, esta regla de competencia jurisdiccional se ve completada por una norma de conflicto recogida en el art. 28 Reglamento 650/2012, integrado en su capítulo III, que regula la ley aplicable y establece específicamente la validez en cuanto a la forma de tales declaraciones. Con arreglo a ese artículo, son válidas en cuanto a la forma cuando respetan, conforme a su letra a), los requisitos de la ley aplicable a la sucesión (*lex successionis*) o, conforme a su letra b), los de la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual. Se trata, por tanto, de una norma de conflicto que pretende otorgar la máxima validez en cuanto a la forma a la renuncia o aceptación de la herencia al incluir de forma alternativa otra posible ley aplicable distinta de la general, aplicable a la sucesión internacional, como es la ley de la residencia habitual de los herederos.

Se trata, en definitiva, de dos normas interrelacionadas entre sí, las dos caras de una misma moneda, cuyo último fin es simplificar la vida a los ciudadanos. Y en este sentido, el Cdo. 32, así lo refleja cuando señala que se trata de: “facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión”. Hay que mencionar que el TJUE ya había precisado que el art. 13 Reglamento 650/2012, a la luz de su cdo. 32, pretende simplificar los trámites de los herederos y de los legatarios, estableciendo excepciones a las reglas para determinar la competencia previstas en sus arts. 4 a 11¹⁰⁵. Además, en el espacio europeo de justicia, 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.

Sobre si dicha renuncia debe ser realizada en una forma específica o en una determinada lengua, debe tenerse presente el art. 28 Reglamento sucesorio que

¹⁰⁴ STJUE 2 junio 2022, C-617/20, *T.N., N.N.*, ECLI:EU:C:2022:426, FD 37.

¹⁰⁵ *Vid.*, en este sentido, STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, EU:C:2018:138, FD 35, y STJUE 1 julio 2021, C-301/20, *Vorarlberger Landes- und Hypotheken-Bank*, EU:C:2021:528, FD 27 y 34.

establece que la validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona que la realice serán válidas en cuanto a la forma si reúnen los requisitos de: (a) la ley aplicable a la sucesión en virtud de los arts. 21 o 22 Reglamento sucesorio, o (b) la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual.

De este modo, el TJUE y el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, determinan que para respetar el objetivo del Reglamento 650/2012, consistente en permitir que los herederos realicen las declaraciones relativas a la renuncia a la herencia en el Estado miembro de su residencia habitual, tales herederos no deben cumplir otros requisitos formales ante los tribunales de otros Estados miembros distintos de aquellos previstos por la ley del Estado miembro en el que se formule la declaración, para que tales declaraciones sean consideradas válidas¹⁰⁶. Si se exigiera que la declaración de renuncia que se aporta ante la autoridad del Estado miembro que conoce de la sucesión tuviera que ajustarse a las formalidades del Derecho de tal Estado, que suele ser el Derecho que rige el fondo de la sucesión, se perjudicaría el efecto útil del art. 13 Reglamento sucesorio y la seguridad jurídica¹⁰⁷.

Pero entonces, ¿cómo ha de entenderse la última frase del cdo. 32 cuando señala que “las personas que se acojan a la posibilidad de hacer declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual deben informar ellas mismas al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión”? Para el TJUE el Reglamento sucesorio no contempla un mecanismo uniforme que prevea la transmisión de las declaraciones relativas a la herencia al tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión de tales declaraciones por parte del tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del heredero, que renuncia al tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión¹⁰⁸. Y cito textualmente en el FD 48 se señala que “debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la persona que ha realizado una declaración relativa a la renuncia a la herencia llevar a cabo las actuaciones necesarias para que el tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión tenga conocimiento de la existencia de una declaración válida. No obstante, cuando tales actuaciones no se cumplimenten dentro del plazo establecido por

¹⁰⁶ STJUE 2 junio 2022, C-617/20, T.N., N.N., ECLI:EU:C:2022:426, FD 45.

¹⁰⁷ *Ibid.*, FD 44: “A este respecto, ha de señalarse que, habida cuenta del alcance limitado de la competencia del tribunal al que se refiere el art. 13 del Reglamento nº 650/2012, cualquier otra interpretación que pretenda limitar la validez en cuanto a la forma de una declaración relativa a la renuncia a la herencia, en concreto, supeditándola a los requisitos de forma de la ley aplicable a la sucesión, tendría como efecto privar a las disposiciones de los arts. 13 y 28, letra b), del referido Reglamento de cualquier efecto útil, así como atentar contra los objetivos del mencionado Reglamento y contra el principio de seguridad jurídica”.

¹⁰⁸ *Ibid.*, FD 47-48.

la ley aplicable a la sucesión, la validez de esa declaración no podrá cuestionarse”. Y tiene razón porque la declaración es válida, pero no surte efectos porque se presenta fuera de plazo. ¿Deja claro el TJUE cuál es la ley aplicable a los plazos de presentación de la renuncia? Desde mi punto de vista no, porque deja claro que la validez formal de la renuncia es una cuestión distinta a que se presente fuera de plazo, según la ley aplicable a la sucesión. El resultado, sin embargo, es que pese a la validez no surte efectos. Probablemente el TJUE lo dice en un sentido retórico, pues el tribunal alemán anula el acta por falta de validez, pero en realidad el acta sí era válida, aunque extemporánea. Sin embargo, si leemos con atención la sentencia, parece que para el TJUE las actuaciones sí se llevaron dentro del plazo establecido por la ley aplicable a la sucesión pues el Tribunal de lo Civil y Penal de Bremen tuvo conocimiento de la existencia de la declaración realizada ante el Tribunal de los Países Bajos respetando los requisitos de forma aplicables ante ese tribunal, antes de pronunciarse sobre la sucesión. Por tanto, no queda claro si las declaraciones son válidas y deben ser tenidas en cuenta necesariamente por el tribunal que sustancia la sucesión o si son válidas, pero visto que se han formulado fuera de plazo, según la Ley que rige la sucesión, dicho tribunal no las podrá tener en cuenta.

En cualquier caso, son los herederos que han formulado estas declaraciones los sujetos que deben informar al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión¹⁰⁹. Esta comunicación no debe seguir ningún cauce específico.

En conclusión, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre los arts. 13 y 28 del Reglamento 650/2012, partiendo de que deben interpretarse en el sentido de que “una declaración relativa a la renuncia a la herencia realizada por un heredero ante un tribunal del Estado miembro de su residencia habitual se considerará válida en cuanto a la forma siempre que los requisitos formales aplicables ante ese tribunal hayan sido respetados, sin que sea necesario, a efectos de esa validez, que cumpla los requisitos de forma exigidos por la ley aplicable a la sucesión”¹¹⁰. Con lo cual, se entendió que le renuncia se había hecho formalmente en plazo según la ley aplicable de la residencia habitual de los herederos y de esta forma da solución a las tres cuestiones prejudiciales.

35. Nos surge la duda de por qué el TJUE no responde al resto de preguntas expresamente, sino que se tienen que deducir de la conclusión final citada¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, FD 47.

¹¹⁰ *Ibíd.*, FD 51.

¹¹¹ La cuestión prejudicial concreta es la siguiente: “1) ¿La declaración de renuncia a la herencia realizada por un heredero ante el tribunal de un Estado miembro que sea competente en función de su lugar de residencia habitual, con arreglo a los requisitos formales allí vigentes, reemplaza a la que ha de presentarse al tribunal de otro Estado miembro que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión,

Puesto que dado la primera pregunta debe interpretarse en sentido negativo, es decir, está claro que no hay ninguna sustitución de declaraciones, pues no basta con que se realice válidamente en el tribunal de la residencia habitual de los herederos, sino que es necesario que se ponga en conocimiento del tribunal competente para conocer de la sucesión. La pregunta, en realidad, mucho sentido no tiene porque el propio Reglamento permite ambas posibilidades en virtud del art. 13: hacer la declaración ante el tribunal de la residencia habitual del heredero o del causante. Como no hay ninguna sustitución, los herederos, que han hecho uso de la facultad de efectuar tales declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual, asumen la obligación de comunicar la existencia de esas declaraciones a las autoridades encargadas de la sucesión, conforme establece el Cdo. 32 *in fine*. Para que la declaración de renuncia resulte válida y, en particular, para el cumplimiento de los plazos aplicables en su jurisdicción a efectos de la presentación de dicha declaración, se pregunta al TJUE si es preciso dirigirse al tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en la lengua oficial de su jurisdicción. Esta cuestión el TJUE no la resuelve de forma expresa. Simplemente señala que “la persona que ha realizado una declaración relativa a la renuncia a la herencia debe llevar a cabo las actuaciones necesarias para que el tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión tenga conocimiento de la existencia de una declaración válida”. ¿Se puede entender que entre las actuaciones necesarias está la traducción del acta de renuncia? En mi opinión no se puede exigir para otorgar la validez de la renuncia, porque no olvidemos que se deben cumplir los requisitos de forma aplicables ante el tribunal donde se renuncia a la herencia. Ahora bien, hay que distinguir la ley aplicable a la validez de la renuncia de las cuestiones relativas a las formalidades o los efectos que un documento válido, otorgado en el extranjero, puede tener en otro país. Para que tenga efecto el documento holandés en Alemania hay que aplicar el Derecho alemán, como *lex fori*, que puede exigir su traducción. Así, por ejemplo, admitida el acta como válida para que tenga efecto en otro país, por ejemplo en España,

de manera que se considera válidamente realizada desde el momento de aquella [primera] declaración (“sustitución”)?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Para que la declaración de renuncia resulte válida es preciso que el renunciante, además de realizar una declaración formalmente válida ante el tribunal que sea competente en función de su lugar de residencia habitual, informe de ello al tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión y afirmativa a la segunda cuestión:

a) ¿Para que la declaración de renuncia resulte válida y, en particular, para el cumplimiento de los plazos aplicables en su jurisdicción a efectos de la presentación de dicha declaración, es preciso dirigirse al tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en la lengua oficial de su jurisdicción?

b) ¿Para que la declaración de renuncia resulte válida y, en particular, para el cumplimiento de los plazos aplicables en su jurisdicción a efectos de la presentación de dicha declaración, es preciso que el tribunal que sea competente en función del lugar de residencia habitual del renunciante remita al tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión las actas originales expedidas sobre la renuncia junto con una traducción?”.

hay que aplicar el art. 144 LEC, por el principio de la *lex fori regit processum*, que exige su traducción.

Desde el momento en que se trata de un acta extranjera, la ley aplicable de la residencia habitual del heredero regula su validez, y la lengua es una forma de manifestación de la voluntad de los herederos. Sin embargo, ello no obsta para que se pueda exigir la traducción de la misma por parte del tribunal del estado de la residencia habitual del causante, para que tenga efectos en el proceso abierto de la sucesión en Alemania. No se prejuzga su validez, pero se puede pedir la traducción.

En cuanto a si deben presentarse las actas originales, el art. 13 Reglamento sucesorio no exige las actas originales. El juez alemán fue demasiado riguroso, pues el Reglamento está para facilitar la vida a los ciudadanos, con para complicársela.

Cuestión distinta a la forma, son los plazos de presentación del acta de renuncia realizada en el tribunal de la residencia habitual de los herederos, ante el tribunal de la sucesión. En relación a este tema, el TJUE se equivoca, pues los plazos a tener en cuenta deben ser los del Estado cuyo tribunal conoce de la sucesión –y según el Derecho alemán había expirado el plazo de 6 meses previsto en el art. 1944.3º BGB–, y no los del Estado de la residencia habitual de los herederos donde se presenta la renuncia. Lo dice con claridad meridiana el art. 13 y el Cdo. 32: “las personas que se acojan a la posibilidad de hacer declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual deben informar ellas mismas al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión”.

5. Validez de la elección de ley parcial

36. La STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, *UM* tuvo que enfrentarse a la interpretación sobre la validez de un acuerdo de elección de ley recogido en un pacto sucesorio, una vez que se determina que el pacto sucesorio incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 650/2012¹¹². La especialidad de la *professio iuris* es que solo se realizaba la elección para un único bien de la masa hereditaria situado en Alemania, en favor del Derecho austríaco, tal y como hemo visto anteriormente en la descripción de los hechos relativos a este caso.

¹¹² STJUE 9 septiembre 2021, C-277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708.

Se trataba, por tanto, aunque el TJUE no lo diga de forma expresa, de dar validez a un acuerdo de elección de ley parcial¹¹³.

En contra de lo afirmado por el Landesgericht Klagenfurt (Tribunal Regional de Klagenfurt de Austria) que entendía que el Reglamento de sucesiones no era aplicable debido a la elección del Derecho austríaco por la cláusula de elección de ley mencionada, el Tribunal Supremo austríaco considera que el contrato de donación mortis causa está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones y que son de aplicación sus disposiciones transitorias, pero tiene dudas sobre la interpretación del art. 83.2º RES en relación a su aplicación a la cláusula de elección de ley aplicable en un pacto sucesorio celebrado el 22 julio 1975.

Se planteó, por tanto, si cabía la elección de ley parcial, respecto a un pacto sucesorio de los contemplados en el art. 3.1.b) Reglamento sucesorio, efectuada con anterioridad a su entrada en vigor el 17 agosto 2015. Según el art. 83.2º Reglamento 650/2012: “Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 agosto 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo II o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía”. Pues bien, el TJUE interpretó que el dicho precepto no era aplicable al examen de la validez de la elección de la ley aplicable, efectuada antes del 17 agosto 2015, para regir solamente un pacto sucesorio, a los efectos del art. 3.1.b) Reglamento sucesorio, referido únicamente a un bien concreto del *de cuius*, y no a la totalidad de la sucesión (FD 40).

No podemos olvidar que la elección de ley se refiere a la totalidad de la sucesión, como señalan los arts. 21 y 22 Reglamento sucesorio pues, uno de los principios básicos en los que se inspira la regulación del Reglamento sucesorio, es la unidad de ley (Cdo. 9). Por tanto, no se admite una elección parcial de la ley aplicable. En el caso concreto que se planteó ante el TJUE, la elección del Derecho austríaco solamente se refería al pacto sucesorio celebrado por el *de cuius* con respecto a uno de sus bienes, y no a la totalidad de su sucesión, de modo que no podía considerarse que en tales circunstancias se cumpliera el requisito para la aplicación del art. 83.2º Reglamento 650/2012. Así lo recuerda con carácter general, el propio TJUE cuando señala que el objetivo perseguido por este Reglamento, consiste en evitar la fragmentación de la sucesión, conforme al principio de unidad de la sucesión, y en establecer un régimen uniforme aplicable a todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa

¹¹³ Vid. el comentario de I. Rodríguez-Uría Suárez, “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de la ley aplicable”, *La Ley: Unión Europea*, nº 98, diciembre 2021, pp. 1–11.

de muerte con repercusiones transfronterizas y en particular a “cualquier forma de transmisión de bienes [...] por causa de muerte”, como resulta del Cdo. 9 del Reglamento sucesorio¹¹⁴.

Sin embargo, el TJUE deja sin resolver si realmente esa *professio iuris*, si se hubiera referido a la entera sucesión, podía considerarse válida, según los criterios recogidos en el art. 83.2º Reglamento sucesorio. Pues bien, en este caso, dada la nacionalidad alemana del donante en el momento de otorgar la donación mortis causa y la residencia habitual en Alemania, en dicho momento y en el momento del fallecimiento, éste no podía elegir como ley aplicable a la sucesión la ley austríaca en virtud del art. 25.1º RES. Por tanto, tampoco sería válida por no cumplir los criterios contemplados en el art. 83.4º Reglamento sucesorio.

6. Competencia por abstención en favor de los tribunales mediante *professio iuris*

37. En la STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK¹¹⁵, el TJUE tuvo que interpretar el foro competente por abstención del conocimiento de tribunal objetivamente competente, en favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley había sido elegida por el causante, ex arts. 6.a), 7.a) y 39 y 83.4º Reglamento sucesorio¹¹⁶.

Los hechos que provocaron la interposición de una cuestión prejudicial son los siguientes. CR, tras el fallecimiento de su marido el 9 marzo 2017, de nacionalidad alemana, solicitó al Tribunal de lo Civil y Penal de Düren, (Alemania) la expedición de un certificado sucesorio nacional y un certificado sucesorio europeo, sobre la base de un testamento ológrafo redactado en alemán en 1990 en el que los cónyuges se instituyeron mutuamente herederos únicos. RK, hermano del causante, impugnó la competencia de los tribunales alemanes para conocer del asunto alegando que, en el momento de su fallecimiento, el causante tenía su residencia habitual en España y que dicho testamento no contenía designación expresa de la ley que debía regir la sucesión. Sin embargo, el Tribunal de Düren consideró probados los hechos necesarios para la expedición de los certificados sucesorios solicitados. El hermano interpone recurso ante Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Colonia (Alemania) al entender que los órganos jurisdiccionales competentes eran los españoles con arreglo al criterio de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, previsto en el art. 4 Reglamento 650/2012.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, STJUE 21 junio 2018, C-20/17, Oberle, ECLI:EU:C:2018:485, FD 55 y 56.

¹¹⁵ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK, ECLI:EU:2021:718.

¹¹⁶ I. Antón Juárez, “La declinatoria de competencia en las sucesiones mortis causa transfronterizas y su impacto en la certeza legal. Comentario a las STJUE 9 septiembre 2021, RK c CR, C-422/20”, CDT, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 591-599.

el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Estepona, a instancia de la esposa del causante, decidió abstenerse de conocer dado que los tribunales del Estado de Alemania estaban en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, teniendo o en cuenta circunstancias prácticas, como la residencia habitual de la parte afectada en este asunto y la ubicación de la parte esencial de la herencia. El Tribunal de Düren se declaró competente, al estimar que el auto del tribunal español constituía una abstención de dicho tribunal de conocer del asunto en el sentido del art. 6.a) Reglamento 650/2012. El hermano interpone recurso ante el Tribunal Superior de lo Civil y de lo Penal de Colonia, sobre la base de la incompetencia de los tribunales alemanes, y el Tribunal de Colonia decide, entonces, interponer la cuestión prejudicial. Sobre la base de estos hechos, se plantean al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1º) ¿Es necesario para la inhibición del tribunal al que se haya sometido previamente el asunto, con arreglo al art. 7.a) Reglamento 650/2012, que ese tribunal se inhiba expresamente o puede bastar también una declaración no expresa, si de la interpretación de la misma se desprende que ese tribunal se ha inhibido?

2º) ¿Está facultado el tribunal del Estado miembro cuya competencia se deriva supuestamente de la inhibición del tribunal de otro Estado miembro al que se haya sometido previamente el asunto para examinar si se cumplen los requisitos a efectos de que este último tribunal adoptara su decisión en virtud de los arts. 6.a), y 7.a) Reglamento 650/2012? ¿En qué medida es vinculante la decisión del tribunal al que se haya sometido previamente el asunto?

3º) ¿Los arts. 6.a) y 7.a) Reglamento 650/2012, que presuponen una elección de ley “en virtud del art. 22”, son también aplicables en el supuesto de que el causante, en su disposición testamentaria otorgada antes del 17 agosto 2015, no efectuara ninguna elección de ley expresa ni implícita, sino que la ley aplicable a la sucesión solo pueda deducirse del art. 83.4 Reglamento 650/2012?”

Estas cuestiones prejudiciales recibieron las siguientes respuestas:

“1º) El art. 7.a) Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que, para que se considere que un tribunal se ha abstenido de conocer, en el sentido del art. 6.a) Reglamento 650/2012, en favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante, no es necesario que el tribunal al que se haya sometido previamente el asunto se haya inhibido expresamente, pero es preciso que esa intención se desprenda inequívocamente de la resolución dictada al respecto.

2º) Los arts. 6.a), 7.a) y 39 Reglamento 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que el tribunal del Estado miembro que conoce del asunto a raíz de una inhibición no está facultado para controlar si se cumplían los requisitos establecidos en dichas disposiciones para que el tribunal al que se había sometido previamente el asunto pudiera inhibirse.

3) Los arts. 6. a), y 7. a) Reglamento 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que las reglas de competencia que establecen, también son aplicables en caso de que, en su testamento, otorgado antes del 17 agosto 2015, el causante no haya elegido la ley aplicable a la sucesión y de que la designación de dicha ley solo resulte del art. 83.4 Reglamento sucesorio”.

En definitiva, los criterios del art. 6.a) Reglamento 650/2012 se controlan única y exclusivamente por el tribunal al que se ha sometido previamente el asunto y que ostentaba competencia en virtud del art. 4 o 10 Reglamento sucesorio. El tribunal a favor del cual se inhibe otro tribunal de otro Estado miembro debe respetar esa resolución de inhibición. Esta resolución es vinculante y no puede comprobar cuestiones de fondo, aunque el tribunal de origen se haya equivocado. El hecho de que el tribunal de origen haya cometido algún error y aplicado incorrectamente el Derecho europeo no es un motivo de rechazo del reconocimiento. Los únicos motivos por los que una sentencia podría no desplegar efectos en otro Estado miembro, son los recogidos en el art. 40 Reglamento 650/2012; y la aplicación errónea del Derecho de la UE no es un motivo de rechazo del reconocimiento.

Y, en cuanto a la aplicación del art. 83.4º, hay que partir que esta disposición se aplica cuando el causante no ha elegido la Ley aplicable a la sucesión en atención al art. 22 Reglamento 650/2012, pero ha realizado disposiciones *mortis causa* con anterioridad al 17 agosto 2015. En este marco, en virtud del art. 83.4º Reglamento 650/2012, se puede entender que el causante, de haber elegido el Derecho aplicable, habría elegido dicha Ley como aplicable a su sucesión mortis casusa. De esta forma, se cumple con uno de los objetivos del Reglamento sucesorio como es intentar aplicar la *lex fori* por el juez competente.

En conclusión, el cdo. 27 Reglamento sucesorio y también determinadas interpretaciones del TJUE van dirigidas a que preceptos como el art. 6 letra a) y el art. 7 letra a) Reglamento sucesorio puedan materializar el principio de que el tribunal que conoce de una sucesión *mortis causa* aplique su propio Derecho, puesto que se concibe como una de las mejores opciones para resolver una sucesión *mortis causa* transfronteriza. Por eso el Reglamento sucesorio articula diferentes soluciones para conseguir este objetivo. En los casos en los que no existe elección de Ley, se conjuga *forum* e *ius* para que el tribunal de la residencia habitual acabe aplicando su propia Ley en atención al art. 21.1º Reglamento sucesorio. Sin embargo, cuando existe elección de Ley este principio puede quebrar. En estos casos, los arts. 5 a 9 cobran todo el protagonismo ya que son los que permiten la transferencia de competencias entre Estados miembros del Reglamento sucesorio. El TJUE en la sentencia objeto de análisis afianza estos mecanismos que posibilitan que el tribunal que finalmente conozca, aplique la *lex fori*. De este modo, podemos afirmar que la elección de Ley válida conforme al art. 22 Reglamento sucesorio junto con una inhibición de la competencia judicial internacional llevada a cabo, conforme a las exigencias del Reglamento, permiten reforzar la seguridad jurídica y el principio de mutuo reconocimiento cuando los mecanismos de transferencia de competencias se activan. Así, en el caso de declinatoria de competencia del art. 6 letra a) Reglamento sucesorio a favor del tribunal de la nacionalidad del causante, el TJUE ha señalado con su sentencia de 9 septiembre 2021 que la

inhibición no es automática, que las partes la tienen que solicitar y además tiene este tribunal competente, en un primer momento, *ex art. 4 o art. 10* Reglamento sucesorio, la obligación de chequear todos y cada uno de los requisitos del art. 6 letra a) Reglamento sucesorio. Todo ello para que el tribunal que recibe la inhibición pueda declararse competente en atención al art. 7 letra a) Reglamento sucesorio de forma automática y sin comprobar ningún requisito del art. 6 letra a) Reglamento sucesorio. Además, esta interpretación permite que la seguridad jurídica y la certeza legal salgan reforzadas cuando se aplican estos dos preceptos del Reglamento sucesorio. Una interpretación en sintonía con estos principios es siempre una suma uno para los operadores jurídicos que aplican el RES y para los ciudadanos europeos que son los que asumen las consecuencias de su aplicación¹¹⁷.

7. Certificado sucesorio europeo

38. La interpretación de los preceptos reguladores del certificado sucesorio europeo se ha planteado en más de la mitad de las decisiones dictadas por el TJUE, por lo que se puede deducir que la figura del certificado sucesorio es clave en el Reglamento sucesorio.

39. En concreto, la interpretación del art. 4 Reglamento sucesorio, en relación a la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, se estudia en la STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*¹¹⁸.

El Sr. Adrien Théodore Oberle, ciudadano francés que tenía su última residencia habitual en Francia, falleció el 28 febrero 2015, dejando dos hijos. Uno de ellos es el Sr. Vincent Pierre Oberle, que es el demandante en el procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional remitente. Se debe destacar que los elementos patrimoniales de su herencia se encontraban en Francia y en Alemania. Así pues, el órgano jurisdiccional francés expidió un certificado sucesorio nacional que constataba que el Sr. Vincent Pierre Oberle y su hermano heredaban del difunto en dos partes iguales. A continuación, el demandante solicitó al *Amtsgericht Schöneberg* (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) –por ser el tribunal competente en virtud de las normas de producción interna alemanas– la expedición de un certificado sucesorio nacional de objeto limitado a la parte de la herencia situada en Alemania. Este certificado debía constatar que el Sr. Vincent Pierre Oberle y su hermano heredaban a partes iguales los bienes del causante, en virtud del Derecho francés. Sin embargo, el *Amtsgericht Schöneberg* (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) se declaró incompetente para expedir el certificado sucesorio nacional en virtud de los arts. 4 y 15 del Reglamento 650/2012. Según dicho órgano jurisdiccional, las disposiciones del

¹¹⁷ I. Antón Juárez, “La declinatoria de competencia...”, *loc. cit.*, pp. 598–599.

¹¹⁸ STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485.

Derecho alemán no pueden decidir sobre la competencia internacional respecto del procedimiento relativo a la solicitud del Sr. Vincent Pierre Oberle. Esto implica que son los órganos jurisdiccionales franceses, por ser los del Estado miembro de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento, y no los órganos jurisdiccionales alemanes, los competentes para resolver sobre la totalidad de la sucesión, incluso con respecto a la solicitud del Sr. Vincent Pierre Oberle. Ante esta solución, el Sr. Vincent Pierre Oberle recurrió la resolución del *Amtsgericht Schöneberg* (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) ante el órgano jurisdiccional remitente. El órgano jurisdiccional remitente por su parte, considera que el *Amtsgericht Schöneberg* tiene competencia internacional para expedir el certificado sucesorio de alcance limitado solicitado por el Sr. Oberle, puesto que existen bienes hereditarios en territorio alemán, de conformidad con las normas de producción interna alemanas. El órgano jurisdiccional remitente considera que el *Amtsgericht Schöneberg* incurrió en error al considerar que en este caso se aplicaba la norma del art. 4 del Reglamento 650/2012. En su opinión, la competencia general de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tuviera el causante su residencia habitual para “resolver sobre la totalidad de la sucesión”, sólo es de aplicación cuando se trata de la adopción de resoluciones judiciales; pero los certificados sucesorios nacionales no son resoluciones de este tipo. Es más, estos certificados se expiden al finalizar un procedimiento de jurisdicción voluntaria y la resolución de expedición del certificado contiene únicamente constataciones de hecho y no es susceptible de adquirir fuerza de cosa juzgada.

Así pues, el *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el art.4 del Reglamento [nº 650/2012] en el sentido de que en él se determina también la competencia internacional exclusiva para la expedición, en los Estados miembros, del certificado sucesorio nacional no sustituido por el certificado sucesorio europeo (*vid.* art. 62, ap. 3, del Reglamento n.º 650/2012), con la consecuencia de que son inoperantes, por infringir el Derecho de la Unión, de rango superior, las disposiciones contrarias del legislador nacional relativas a la competencia internacional para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, como sucede en Alemania con el art.105 de la [FamFG])?”.

Sobre este aspecto inciden el órgano jurisdiccional remitente, así como los Gobiernos alemán y francés, que afirman que al haber incluido el art. 64, que regula la competencia para la expedición de los certificados sucesorios europeos, se puede concluir que el art. 4 no atribuye la competencia respecto de los

procedimientos de expedición de certificados sucesorios nacionales, al considerar que están excluidos¹¹⁹.

El Abogado General concluye, sin embargo, que a la luz de la interpretación sistemática de las normas del capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012, el art. 4 atribuye la competencia respecto de los procedimientos planteados ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando estos procedimientos se refieren a materias que pueden considerarse que entran dentro de “la totalidad de la sucesión”, con independencia de que este procedimiento sea o no contencioso¹²⁰. Por lo tanto, el TJUE determina que la expedición de los certificados sucesorios nacionales se encuentra dentro del concepto “la totalidad de la sucesión”, siendo de aplicación las normas de competencia del art. 4 del Reglamento sucesorio a la expedición de los mismos, dado que, en el listado de materias excluidas, *ex art. 1.2º* Reglamento sucesorio, no se encuentran los certificados sucesorios nacionales.

En resumen, el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 ha sido delimitado por el legislador de la Unión, de tal modo que, tanto en lo relativo a las normas de conflicto como a las normas de competencia, éste abarca la totalidad de las materias relacionadas con la sucesión por causa de muerte; siempre y cuando dicho Reglamento no prevea una exclusión relativa a determinadas materias. De forma, que tal y como señala el Abogado General en sus Conclusiones, no existe en el Reglamento 650/2012 una exclusión explícita de los certificados sucesorios nacionales y de los procedimientos en relación a los mismos¹²¹. Así pues, el Sr. M. Szpunar considera que aquellos instrumentos jurídicos como son los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos que se refieren a ellos se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012¹²².

Finalmente, el TJUE ha interpretado que la expedición de los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos relativos a los mismos entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, y tiene claro que solo pueden ser expedidos por los tribunales del Estado miembro competente, en virtud de los foros contemplados en el Reglamento sucesorio¹²³. De lo que se

¹¹⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 febrero 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, ap. 77.

¹²⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 febrero 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, ap. 85. *Vid.* L. Perreau-Saussine, “Quelle place pour les certificats successoriaux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, octubre-décembre 2018, pp. 853-854.

¹²¹ *Id.*, ap. 40.

¹²² *Id.*, ap. 41.

¹²³ I.A. Calvo Vidal, “La competencia internacional en el Reglamento sobre Sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (Oberle)”, *La Ley: Unión Europea*, n° 65, diciembre 2018, pp. 1-8; M.J. Castellanos Ruiz, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios...”, *loc. cit.*, pp. 473-511; M. Requejo Isidro, “El art.

deduce que los certificados sucesorios nacionales tienen que ser expedidos por el tribunal del Estado miembro competente para expedir el certificado sucesorio europeo, salvo que se trate de una sucesión interna, en cuyo caso los certificados nacionales internos se expedirán conforme a las reglas de producción interna del concreto Estado.

40. El certificado sucesorio europeo podrá ser solicitado tanto por herederos, como legatarios, albaceas o administradores de la herencia, como la autoridad que sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*. Se les denomina “solicitantes” (art. 65.1º). Para presentar una solicitud, el solicitante podrá utilizar el formulario conforme se establece en el art. 81.2º del Reglamento (art. 65.2º). El modelo de dicho formulario se encuentra recogido en el Anexo IV del Reglamento de ejecución (UE) nº 1329/2014 de la Comisión de 9 diciembre 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento 650/2012¹²⁴. Se solicita en la medida en que la misma obre en poder del solicitante y sea necesaria para que la autoridad expedidora acredite los elementos que el solicitante desea que le sean certificados, acompañada de todos los documentos pertinentes, en original o copias que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas. En caso de que no se puedan presentar estos documentos, la autoridad podrá autorizar otros medios de prueba, conforme al art. 66.2º. La duda que se plantea es si para solicitar un certificado, de conformidad con el art. 65.2º, es obligatoria o meramente facultativa la utilización del formulario IV (anexo 4) del art. 1.4º Reglamento de Ejecución 1329/2014, establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el art. 81.2º Reglamento 650/2012.

La STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*¹²⁵ indica que:

“El art.65, ap. 2, del Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, y el art.1, ap. 4, del Reglamento de Ejecución (UE) n. 1329/2014 de la Comisión, de 9 diciembre 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento n. 650/2012, deben interpretarse en el sentido de que, para presentar una solicitud de certificado sucesorio europeo conforme al art.65, ap. 2, del Reglamento n. 650/2012, la utilización del formulario IV, que figura en el anexo 4 del Reglamento de Ejecución n. 1329/2014, es facultativa”¹²⁶.

3, ap. 2, del Reglamento nº 650/2012...”, *loc. cit.*, pp. 1–26.

¹²⁴ DO L 359/30, 16.12.2014.

¹²⁵ STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34.

¹²⁶ *Vid.* el comentario de S. Marino, “Use of standard forms in EU civil judicial cooperation: the case of European Certificate of Succession”, *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 627–634.

Fundamenta, por tanto, su respuesta negativa en que el art. 65.2º Reglamento sucesorio señala que el solicitante “podrá” utilizar el formulario, conforme al procedimiento previsto en el art. 81.2º Reglamento sucesorio.

41. La interpretación del art. 65.1º, en relación a la validez de una copia auténtica de un certificado sucesorio europeo sin fecha de expedición; del art. 69, en relación con los efectos que producen sobre personas designadas en él que no han solicitado su expedición; y del art. 70.3, sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para apreciar la validez de la copia y sus efectos en materia de prueba, se trata en la STJUE 1 julio 2021, C-301/20, UE¹²⁷. Y, en este sentido, se presentaron tres cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse el art. 70, ap. 3, del Reglamento n.º650/2012 en el sentido de que una copia del certificado expedida, en contra de dicha disposición, por tiempo indefinido sin especificar una fecha de expiración: –es válida y eficaz por tiempo indefinido, o –es válida solamente durante un período de seis meses a partir de la fecha de expedición de la copia auténtica, o –es válida solamente durante un período de seis meses a partir de otra fecha, o –es inválida e inadecuada para ser utilizada a efectos del art. 63 del Reglamento n.º650/2012?

2) ¿Debe interpretarse el art. 65, ap. 1, en relación con el art. 69, ap. 3, del Reglamento n.º650/2012, en el sentido de que el certificado surte sus efectos a favor de todas las personas que figuren nominalmente en él en condición de herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia, de modo que también pueden utilizar el certificado con arreglo al art. 63 del Reglamento quienes no hayan solicitado personalmente su expedición?

3) ¿Debe interpretarse el art. 69, en relación con el art. 70, ap. 3, del Reglamento n.º650/2012 en el sentido de que procede reconocer el efecto legitimador de la copia auténtica de un certificado sucesorio si dicha copia todavía era válida en el momento de su presentación inicial, pero ha expirado antes de que la autoridad competente dicte la resolución pedida, o dicha disposición no se opone a una norma de derecho nacional que exige que el certificado aún sea válido en el momento de dictar la resolución?”

El litigio deriva de la sucesión de un causante con última residencia habitual en España y cuyo procedimiento sucesorio se tramita ante un notario español, de conformidad con el Derecho español. En el litigio, por un lado, estaban los dos hijos del fallecido con residencia habitual en España y, por otro lado, un banco con domicilio social en Austria, en relación con una demanda de restitución de una cantidad de dinero y de títulos depositados judicialmente por dicho banco. Los hijos intentan liberar el objeto depositado judicialmente ante un Tribunal austriaco presentado un certificado sucesorio europeo, expedido por el notario español, a petición de la hija.

Pues bien el TJUE señaló, en primer lugar, solucionando la primera y tercera cuestión, que según el art. 70, ap. 3, del Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que una copia auténtica del certificado sucesorio europeo expedida con la mención “por tiempo indefinido” en ella es válida durante un

¹²⁷ STJUE 1 julio 2021, C-301/20, UE, ECLI:EU:C:2021:528.

período de seis meses a partir de la fecha de su expedición y surte efectos, en el sentido del art. 69 de dicho Reglamento, si es válida en el momento de su presentación inicial ante la autoridad competente. Y, en segundo lugar, que el art. 65, ap. 1, del Reglamento 650/2012, en relación con el art. 69, ap. 3, debe interpretarse en el sentido de que el certificado sucesorio europeo surte efectos respecto de todas las personas que se mencionan nominalmente en él, aunque no hayan solicitado ellas mismas la expedición de dicho certificado.

Según establece el Cdo. 71, 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*. El valor probatorio del certificado no debe afectar a los elementos que no se rigen por el Reglamento 650/2012, como la cuestión de la filiación o la determinación de si un bien pertenecía al causante o no. Toda persona que efectúe pagos o entregue bienes sucesorios a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes como heredero o legatario debe recibir una protección adecuada si ha actuado de buena fe basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado. La misma protección debe recibir toda persona que, basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado, adquiera o reciba bienes sucesorios de una persona que en el certificado figure facultada para disponer de esos bienes. La protección debe garantizarse si se presentan copias auténticas aún válidas. El presente Reglamento no debe determinar si dicha adquisición de bienes por una tercera persona es efectiva o no.

El certificado surtirá efecto en todos los Estados miembros sin necesidad de un procedimiento especial (art. 69.1º).

- 1º El efecto más importante es que se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado (art. 69.2º). Asimismo, se considerará que quien realice transacciones ya sean pagos o entrega de bienes a una persona que se acredite mediante este certificado, serán válidos pues esta será la persona autorizada para ello, a menos que actúe a sabiendas de que el certificado no es válido por lo que incurrirá en negligencia grave si esto desemboca en actos que puedan constituirse falsos.

2º Asimismo, se considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave (art. 69.3º).

3º El certificado será válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro (art. 69.5º).

42. Sin embargo, en este caso en cuestión, la copia auténtica presentada por los herederos ante el Tribunal alemán no contenía fecha de expiración, simplemente se limitaba a señalar que sería válida y eficaz “por tiempo indefinido” y se planteó la duda de si dicha copia sin fecha de expiración impedía su utilización a los efectos del art. 63 Reglamento sucesorio. El TJUE señala que una copia auténtica del certificado sucesorio europeo expedida con la mención “por tiempo indefinido” en ella es válida durante un período de seis meses a partir de la fecha de su expedición y surte efectos, según el art. 69 del Reglamento sucesorio, si es válida en el momento de su presentación inicial ante la autoridad competente¹²⁸.

La justificación de la limitación del plazo de validez a seis meses, salvo en casos excepcionales es estableció en el Reglamento sucesorio porque el certificado sucesorio europeo surte efectos en todos los Estados miembros y se presume que prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia, así como la condición y los derechos de las personas designadas como herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia, de conformidad con el art. 69, aps. 1 y 2, de dicho Reglamento.

A este respecto, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, el plazo de seis meses previsto en el art. 70, ap. 3, del Reglamento 650/2012 permite garantizar una correspondencia entre el contenido de la copia auténtica del certificado sucesorio europeo y la realidad de la sucesión y, en particular, comprobar periódicamente que dicho certificado no ha sido rectificado, anulado o modificado, en virtud del art. 71 de dicho Reglamento, o que sus efectos no han sido suspendidos en virtud del art. 73 de este. De ello se deduce que la validez de tal copia auténtica está limitada, salvo casos excepcionales, a seis meses¹²⁹.

¹²⁸ STJUE 1 julio 2021, C-301/20, UE, ECLI:EU:C:2021:528, FD 37

¹²⁹ *Ibid.*, FD 23-25.

43. En cuanto a la fecha de inicio de plazo de validez de la copia auténtica del certificado sucesorio se planteó la duda de si debía ser válida en la fecha de presentación de la solicitud o debía seguir siendo válida en el momento en que se dictara la resolución¹³⁰. El TJUE dejó claro que ninguna disposición del Reglamento sucesorio responde a esta cuestión, pero para garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica exigidas, respeto a la utilización de dicha copia, el cálculo del período de validez debía efectuarse a partir de la fecha de su emisión¹³¹.

Pues bien, si la validez de la copia auténtica del certificado sucesorio europeo se exigiera en la fecha de la adopción, por la autoridad ante la que se presenta dicha copia, de la resolución solicitada, o incluso durante el correspondiente procedimiento judicial, y no en la fecha de la presentación de la solicitud, tal exigencia podría vulnerar los derechos de los herederos y de los demás causahabientes, los cuales, al no ejercer influencia alguna en la duración del procedimiento que conduce a la resolución, se verían abocados, en su caso, a solicitar y presentar en repetidas ocasiones tal copia.

Como ha señalado el AG en los puntos 58 y 59 de sus conclusiones, esta interpretación generaría retrasos, trámites y esfuerzos suplementarios, tanto para los interesados en la sucesión, como para las autoridades a cargo de esta, y sería contraria al objetivo perseguido por el Reglamento 650/2012, consistente, como se ha recordado en el ap. 27 de la presente sentencia, en garantizar una tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones con repercusión transfronteriza y los derechos de los interesados en la sucesión, tal como se desprende de los considerandos 7 y 67 de dicho Reglamento¹³².

Además, el art. 71, ap. 3, del Reglamento 650/2012 precisa que la autoridad emisora comunicará sin demora a las personas a las que se entregaron copias auténticas, de las que, en virtud del art. 70, ap. 2, de dicho Reglamento, conservará una lista, cualquier rectificación, modificación o anulación del certificado sucesorio europeo, con el fin, conforme al cdo. 72 de dicho Reglamento, de evitar un uso indebido de esas copias y de limitar el riesgo de que la copia auténtica, cuya validez haya expirado en el momento de la adopción de la resolución solicitada, no corresponda al contenido del certificado sucesorio europeo. A este respecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, si la autoridad ante la que se ha exhibido la copia auténtica del certificado sucesorio europeo cuenta con datos que justifiquen razonablemente las dudas sobre el estado de dicho certificado, puede, excepcionalmente, solicitar la presentación de una nueva copia o de una copia cuya validez haya sido prorrogada.

¹³⁰ *Ibíd.*, FD 18.

¹³¹ *Ibíd.*, FD 29–30.

¹³² *Ibíd.*, FD 34.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que el art. 70, ap. 3, del Reglamento nº 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que una copia auténtica del certificado sucesorio europeo expedida con la mención “por tiempo indefinido” en ella es válida durante un período de seis meses a partir de la fecha de su expedición y surte efectos, en el sentido del art.69 de dicho Reglamento, si es válida en el momento de su presentación inicial ante la autoridad competente¹³³.

44. Ahora bien, también se plantea si el certificado sucesorio europeo surte efectos respecto de todas las personas que se mencionan nominalmente en él, aunque no hayan solicitado ellas mismas la expedición de dicho certificado¹³⁴. En el caso en cuestión el certificado había sido solicitado por la hija, pero no por el hijo de la fallecida y por ello, la solicitud de los hermanos recurrentes había sido desestimada. Los herederos recurren en casación ante el Tribunal Supremo de Austria y este decide plantear una cuestión prejudicial. El TJUE deja claro que tienen derecho a tener una copia del certificado sucesorio europeo no solo el solicitante sino cualquier persona que demuestre un interés legítimo, como establece el art. 70 Reglamento sucesorio, puesto que en ningún caso se exige por el Reglamento sucesorio que solo el solicitante pueda beneficiarse de los efectos del certificado sucesorio europeo¹³⁵. El certificado sucesorio europeo surte efectos, por tanto, en relación con todas las personas que se mencionan nominalmente en él, aunque no hayan sido los solicitantes del mismo¹³⁶.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

45. El TJUE reitera en todas sus sentencias la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme de las reglas del RES (básicas para lograr la coherencia de todo el sistema europeo), así como la idea de que el Reglamento sucesorio se aplica por igual a todos los Estados miembros. El TJUE se basa en que para conseguir una aplicación uniforme del Derecho de la UE es preciso proceder a una interpretación autónoma y uniforme de las disposiciones de la UE que no contengan una remisión expresa al Derecho de los Estados Miembros para determinar su contenido y alcance, con un importante objetivo, favorecer la libre circulación de decisiones y la organización de su sucesión a los ciudadanos de la UE, así como facilitar a los herederos, legatarios, administradores y ejecutores de la herencia el ejercicio de sus derechos en los demás Estados miembros. Y todo ello condimentado por un principio vertebrador del entero Reglamento

¹³³ *Ibid.*, FD 37.

¹³⁴ *Ibid.*, FD 45.

¹³⁵ *Ibid.*, FD 42–43.

¹³⁶ *Vid.*, el comentario de F. M. Mariño Pardo, “Certificado sucesorio europeo. Eficacia temporal de las copias auténticas y eficacia respecto de las personas en él designadas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 98, diciembre 2021, pp. 1–21.

sucesorio, que el TJUE repite constantemente, en sus doce sentencias, como es el pretendido principio de unidad de jurisdicción y de ley, para conseguir lo que se denomina el principio de la *lex fori in foro proprio*, es decir, que el juez competente acabe aplicando su Derecho ¿Se da esta correlación, en la práctica? ¿Lo ha conseguido el TJUE?

46. Desde un punto de vista optimista, sin embargo, si hubiera que hacer un balance de todas estas decisiones debería ser positivo, con independencia de que las soluciones ofrecidas por el TJUE hayan estado más o menos acertadas, pues abre la caja de Pandora para responder los problemas interpretativos que el entramado del Reglamento sucesorio ha provocado.

Entre los problemas interpretativos que el TJUE ha solucionado podemos citar algunas de las apuestas por las que se ha inclinado: por un ámbito de aplicación material muy extenso del Reglamento, incluyendo las donaciones *mortis causa*, o normas relativas al régimen económico del matrimonio relacionadas con las partes alícuotas del cónyuge viudo, potenciada dicha inclinación por el certificado sucesorio europeo; por la validez de la elección de ley, impidiendo el *dépeçage*; o por la potenciación de los foros de competencia judicial internacional, lo que ha obligado a un control de oficio de la competencia judicial internacional, de modo que todo tribunal al que se acude debe revisar si concurre a su favor un foro recogido en el Reglamento sucesorio, con independencia de que las partes lo hayan invocado.

47. No se trata de una cuestión baladí, pues son muchas las implicaciones que las decisiones del TJUE suponen para los jueces de los Estados miembros que están obligados por sus decisiones, incluso aunque sean contrarias a sus propios Derechos nacionales, lo que está dificultando, por un lado, la coherencia y la convivencia de las calificaciones nacionales con las calificaciones europeas del TJUE, y, por otro lado, la coherencia y la convivencia de los distintos Reglamentos de Derecho internacional privado directamente conectados con el Reglamento sucesorio.

48. La creatividad, que muchas veces, nos ofrece el TJUE se ha podido ver, por ejemplo, a la hora de interpretar la relevancia de los elementos en la determinación de la residencia habitual o en la interpretación de cuestiones más allá de las planteadas, como en relación con la voluntad hipotética del causante, donde se pregunta qué hubiera hecho el causante de haber elegido la ley aplicable a la sucesión. Dicha creatividad es, muchas veces, de un exceso jurídico, que en mi opinión traspasa los límites de la coherencia en la tarea encomendada al TJUE, como es la interpretación uniforme del Reglamento sucesorio.

49. Hay decisiones que puedan servir de ejemplo del buen hacer del TJUE. Probablemente el caso *Kauno*, podría decirse que es el más relevante pues trata cuestiones esenciales perfectamente aplicables, *mutatis mutandi*, a muchas de las

cuestiones que se puedan plantear en el futuro, respecto a la aplicación del Derecho internacional privado europeo sucesorio, como son la definición de la sucesión con repercusión transfronteriza, la determinación de una sola residencia habitual o la *professio iuris*; cuestiones todas ellas que pueden considerarse parte de los pilares del Reglamento sucesorio.

50. Sin embargo, si adoptamos una postura más neutra, lejos de solucionar con claridad los problemas planteados en las distintas cuestiones prejudiciales estudiadas, el TJUE ha dejado sin contestar muchos de los condicionantes presentados, además de dejar abiertos más problemas si cabe, de los solucionados, que se dejan intuir de sus distintas decisiones. El caso más claro es si se puede considerar que los notarios tienen o no funciones jurisdiccionales, pues las sentencias dictadas al respecto, no nos llevan a ninguna conclusión definitiva.

51. Estamos ante una época de abundancia en relación a las cuestiones prejudiciales que, estoy segura, terminarán por dibujar un cuadro realmente uniforme en la interpretación del Reglamento sucesorio. No olvidemos que 83 considerados y 84 artículos dan para mucho.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: “*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, nº 55, 31 enero 2018, pp. 1–20.
- Álvarez Torné, M.: *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Antón Juárez, I.: “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 769–780.
- : “La declinatoria de competencia en las sucesiones mortis causa transfronterizas y su impacto en la certeza legal. Comentario a las STJUE de 9 septiembre 2021, RK c CR, C–422/20”, *CDT*, marzo 2022, vol. 14, Nº 1, pp. 591–599.
- Barrière-Brousse, I.: “CJUE, 2e ch., 1er mars 2018, aff. C–558/16, Doris Margret Lisette Mahnkopf: note”, *Journ. dr. int.*, 145, nº 4, 2018, pp. 1218–1227.
- Bonomi, A.: “Art.1” en A. Bonomi/P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones: comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp.70–88.
- Cabanas Trejo, R. y Ballester Azpitarte, L.: “Breve nota sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C–218/16 (Kubicka) de 12/10/2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)”, *Diario La Ley*, 20 noviembre 2017.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento UE nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Navarra, Aranzadi, 2019.

- Calvo Vidal, I. A.: “La competencia internacional en el Reglamento sobre Sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (Oberle)”, *La Ley Unión Europea*, nº 65, diciembre 2018, pp. 1-8.
- Carrascosa González, J.: “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, vol. 8, nº 1, pp. 47-75.
- : *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012. Análisis crítico*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019.
- Carrillo Pozo, L.: “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 julio 2020, Asunto c-80/19”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 755-766.
- Crespi Reghizzi, Z., “Succession and Property Rights in EU Regulation N° 650/2012”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, pp. 633-661; S. van Erp, “Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the *lex rei sitae*”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, pp. 342-352.
- Castellanos Ruiz, E., “Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 70-93.
- : “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones”, *Revista de Derecho patrimonial*, 2019, n. 50, pp. 1-22.
- : “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 2277-2433.
- Castellanos Ruiz, M.J.: “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE, 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, *CDT*, vol. 12, nº 1, pp. 473-511.
- Font i Segura, A.: “Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en E. Ginebra Molins /J. Tarabal Bosch (Dir), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 161-192.
- Fontanellas Morell, J.M.: “Las donaciones mortis causa ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 465-484.
- : “Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *La Ley: Unión Europea*, nº 61, julio 2018, pp. 1-23.
- : “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REEI*, 39, 2021-2, pp. 1-44.
- González Beilfuss, C.: “Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. Ginebra Molins /J. Tarabal Bosch (Dir), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 55-78.
- Goñi Urriza, N.: “La donación mortis causa como pacto sucesorio: comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021, UM, C-277/20”, *CDT*, marzo 2022, vol. 14, nº 1, pp. 736-744.
- Jiménez Blanco, P.: “El concepto de órgano jurisdiccional en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162.
- Lara Aguado, A.: “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *REEI*, 2020, 1, pp. 1-67.

- Marín López, J.J.: “Polonia invade Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *El Notario del siglo XXI*, n° 76, noviembre/diciembre de 2017.
- Marino, S.: “Use of standard forms in EU civil judicial cooperation: the case of European Certificate of Succession”, *CDT*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 627–634.
- : “Il regolamento (UE) 650/2012 sulle successioni internazionali nella prima giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea”, *Rivista de diritto internazionale*, vol. 105, n° 1, 2022, pp. 119–140.
- Mariño Pardo, F.M.: “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 mayo 2019”, *La Ley Unión Europea*, n° 74, octubre 2019, pp. 1–28.
- : “Certificado sucesorio europeo. Eficacia temporal de las copias auténticas y eficacia respecto de las personas en él designadas”, *La Ley Unión Europea*, n° 98, diciembre 2021, pp. 1–21.
- Perreau-Saussine, L.: “Quelle place pour les certificats successoraux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, octobre-décembre 2018, pp. 850–861.
- Requejo Isidro, M.: “El art. 3, ap. 2, del Reglamento n° 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *REEI*, 42 2020–1, pp. 1–26.
- Van Calster, G.: “Kubicka: Narrow CJUE interpretation of the ‘property law’ exception” (accesible en [<https://gavclaw.com/tag/c-21816>]) de 19 octubre 2017.
- Van Erp, S.: “Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the *lex rei sitae*”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, pp. 342–352.
- Ybarra Bores, A.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 393–418.

Recibido: 1 julio 2022
Aceptado: 25 julio 2022

El Reglamento (UE) 2016/1191: hasta dónde (no) alcanza la libre circulación de documentos públicos en la UE y en España

Maria FONT i MAS*

SUMARIO: I. Introducción: menos trámites para el ciudadano en el Reglamento 2016/1191 en ámbito de la cooperación judicial civil. II. Eliminación de la legalización o análogo (*apostille*). III. Eliminación de la traducción. IV. Impresos estándar multilingües. V. Ámbito de aplicación y base jurídica: ¿Qué documentos? VI. Coexistencia del Reglamento 2016/1191 con otros instrumentos: 1. Orden de aplicación. 2. ¿Uso prioritario del Reglamento 2016/1191? VII. Más allá de la traducción de términos: “Caso *Pancharevo*”. VIII. Consideraciones finales.

RESUMEN: El Reglamento 2016/1191, que tiene como objetivo eliminar el trámite de la legalización o análogo y la traducción de algunos documentos públicos que circulen en ámbito intraeuropeo, se está aplicando a distintas velocidades en los Estados miembros. Ello se evidencia en las pocas resoluciones judiciales españolas en que aplican el Reglamento de forma incipiente en ámbito de la cooperación judicial civil y extranjería. Efectivamente, no tiene el éxito deseado, a pesar de que es de aplicación preferente frente a otros instrumentos normativos que no han dejado de ser utilizados (Convenio de La Haya de la apostilla). Ello puede darse por la desconfianza o el desconocimiento de la posibilidad de utilizar el Reglamento, pero también, por la facilidad de utilizar otros instrumentos en algunos Estados miembros (Convenios CIEC). El asunto *Pancharevo* (C-490/20) es un ejemplo de la “opción” del ciudadano de no aplicar el Reglamento 2016/1191 a pesar de que le ahorra la legalización y la traducción jurada. Además, la Sentencia del TJUE se utiliza para evidenciar el desajuste jurídico que provoca la falta de regulación del reconocimiento de los efectos jurídicos de los documentos públicos y sus traducciones cuando son recibidos por autoridades de otro Estado miembro, más allá de los términos utilizados.

PALABRAS CLAVE: DOCUMENTOS PÚBLICOS – REGLAMENTO (UE) 2016/1191 – IMPRESOS ESTÁNDAR MULTILINGÜES – COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL – LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

Regulation (EU) 2016/1191: how far the free circulation of public documents in the EU and in Spain has (not) reached

* Profesora agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Rovira i Virgili. El presente trabajo se realiza en el Proyecto del programa de Justicia de la Unión Europea “Identities on the move –Documents cross borders (DXB)”, nº 101007502, coordinado por la Dra. Laura Calafà (Universidad de Verona, Italia).

ABSTRACT: Regulation 2016/1191, whose objective is to eliminate the formalities of legalization or similar and translation of certain public documents moving within the European Union, is being applied at different speeds in the Member States. This is evidenced by the few Spanish judicial judgment which the Regulation is being applied in an incipient manner in the areas of judicial cooperation in civil matters and migration. Indeed, it does not have the desired success, even though it is of preferential application related to other regulatory instruments that have not ceased to be used (Hague Apostille Convention). This may be due to mistrust or ignorance of the possibility of using the Regulation, but also to the ease of use of other instruments in some Member States (ICCS Conventions). The Pancharevo case (C-490/20) is an example of the citizen's "choice" not to apply Regulation 2016/1191 even though it would have saved them legalization and certified translation. Moreover, the CJEU judgment is used to evidence the legal mismatch caused by the lack of regulation the recognition of public documents and their translations when received by authorities of another Member State, beyond the terms used.

KEYWORDS: PUBLIC DOCUMENTS – REGULATION (EU) 2016/1191 – MULTILINGUAL STANDARD FORMS – JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS – FREE MOVEMENT OF PERSONS

I. INTRODUCCIÓN: MENOS TRÁMITES PARA EL CIUDADANO EN EL REGLAMENTO 2016/1191 EN ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

El amplio abanico de reglamentos y directivas que han proliferado en el acervo de la Unión Europea en los últimos veinte años que incluyen normas referentes a los documentos públicos se debe a la importancia práctica que han adquirido en el ámbito administrativo y en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil en la Unión, ya que son imprescindibles en la vida diaria de los ciudadanos y de las empresas¹. La dispersión de normas específicas sobre los documentos públicos, en concreto sobre la autenticidad extrínseca de éstos (*instrumentum*), y los efectos probatorios del contenido (*negotium*), condujo al legislador europeo a proponer un Libro Verde (2010) y una propuesta de Reglamento (2013) dirigido a favorecer la libre circulación de los ciudadanos y las empresas simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea². Finalmente, fue aprobado un texto

¹ En 2020, se calcula que alrededor de 13,3 millones de ciudadanos de la UE han ejercido su derecho de libertad movimiento y se han trasladado a otro Estado miembro. *Vid.* Comisión Europea, *Informe sobre la Ciudadanía de la UE: empoderamiento de los ciudadanos y protección de sus derechos*, 15 diciembre 2020, p. 22. [https://ec.europa.eu/info/files/eu-citizenship-report-2020-empowering-citizens-and-protecting-their-rights_en] (consultado junio 2022). El informe indica que una de las prioridades de la Comisión europea es facilitar la libre circulación y simplificar la vida cotidiana, es conocedora que "Mudarse al extranjero puede implicar una serie de desafíos legales y administrativos y la Comisión ha apoyado tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos de la UE emitiendo directrices sobre las cuestiones identificadas como problemáticas durante la transposición o al aplicar las normas de libre circulación en la práctica".

² El legislador de la Unión elaboró una propuesta de Reglamento en 2013: "Propuesta de Reglamento 2013/0119 (COD), del Parlamento Europeo y del Consejo, tendente a favorecer la libre circulación de los ciudadanos y las empresas simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y modificando el reglamento (UE) n° 102/2012", COM (2013) 228 final,

mucho menos ambicioso, que excluía el reconocimiento de los efectos jurídicos del contenido, eliminaba la idea de un certificado europeo de estado civil, y se limitaba a documentos públicos sobre la persona física. El resultado es el “Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo y del Consejo de 6 julio 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012”³, de aplicación a partir del 16 febrero 2019 (art. 27.2º). El Reglamento 2016/1191 permite superar la autenticidad formal de determinados documentos públicos eliminando la exigencia de legalización o análogo y propicia la comprensión lingüística del contenido a través de un formulario multilingüe, facilitando efectivamente la circulación y aceptación formal de determinados documentos públicos en seno intraeuropeo, aunque no evita que surjan problemas de reconocimiento de las relaciones jurídicas contenidas en los documentos públicos, los denominados “casos complejos”⁴ que ejemplificamos en el último apartado del presente estudio con el caso *Pancharevo* (2021) del TJUE.

La aplicación práctica del Reglamento 2016/1191 es *a priori* sencilla, así, por ejemplo, una ciudadana (no necesariamente alemana) o residente (o no) en Alemania, cuyo nacimiento conste inscrito en el registro civil de Bonn, puede solicitar su certificado de nacimiento a dicho registro y el impreso estándar multilingüe en alemán y español; una vez emitido el certificado y el impreso multilingüe que lo acompaña por la autoridad competente alemana, la ciudadana puede presentarlo ante la autoridad española sin necesidad de legalización o apostilla, y tampoco de traducción, de suerte que la autoridad española tendrá que aceptarlo sin exigir requisito de autenticidad ni traducción en virtud del Reglamento 2016/1191 (aunque podría requerir expresamente la traducción certificada si considera que la información no es suficiente, como se explicará posteriormente). La posible aceptación o admisibilidad del documento público alemán por parte de las autoridades españolas no obliga a reconocer en España los efectos jurídicos del documento, de modo que la autoridad española puede rehusar su reconocimiento de efectos jurídicos porque no satisface los requisitos de derecho internacional privado previsto en las normas españolas (sean normas específicas, por ejemplo, en seno notarial, o normas contenidas en algún instrumento europeo, como en el reciente

(24/4/2013), que tenía su origen en el Libro verde mucho más ambicioso “Menos trámites para los ciudadanos: Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil” COM (2010) 747 final, (14/12/2010).

³ DO L200 de 26.7.2016.

⁴ Denominan “casos complejos” aquellos que las autoridades de emisión o recepción de un documento público deben afrontarse a incertidumbres de aplicación. A menudo son supuestos estadísticamente minoritarios, relacionados con minorías religiosas, sexuales, u otras, o bien, que presuponen diferencias entre dos ordenamientos jurídicos nacionales. G. Cardaci; A. Schuster, *La circolazione dei documenti pubblici nell’Unione europea. Manuale pratico sul regolamento (UE) 2016/1191*, Europäischer Verband der Standesbeamtinnen und /Standesbeamten, *en prensa*. Ap. 6.11. Borrador de la obra cedida por los autores.

modificado Reglamento 2019/1111 (RB IITer)⁵. Es decir, por un lado, el Reglamento 2016/1191 no modifica el derecho sustancial o procesal de los Estados miembros, en materia de Derecho de familia, Derecho penal, Derecho electoral, ni de emisión y contenido de los documentos públicos, ni las normas de reconocimiento previstas en el derecho internacional privado autónomo. La autoridad del Estado miembro de recepción tiene que aceptar el documento público emitido por una autoridad de otro Estado miembro sin requerir legalización (o análogo como la apostilla) ni traducción si está acompañado del correspondiente formulario multilingüe. Ello, no obstante, será esa autoridad de recepción que aplica su propio derecho en cuanto a la aceptación o admisibilidad y eficacia de un documento público extranjero⁶.

En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, también se han previsto normas sobre documentos públicos que han sido introducidas en pluralidad de Reglamentos de Derecho internacional privado y procesal internacional⁷ que prevén determinados efectos de los documentos públicos emitidos por las autoridades de un Estado miembro ante la autoridad de otro Estado miembro⁸. Los Reglamentos otorgan a los documentos públicos los siguientes efectos: en todos los instrumentos que regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales se prevé de forma paralela efecto ejecutivo a los documentos públicos con fuerza ejecutiva⁹; en algunos Reglamentos se les atribuye efecto de reconocimiento¹⁰ y, en los más

⁵ Vid. arts. 64–66 R. 2019/1111. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 junio 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.

⁶ Por ejemplo, la autoridad de recepción puede rehusar la eficacia legal de un documento porque haya sido alterado, o porque la eficacia ha expirado según el ordenamiento del Estado que lo ha emitido. Asimismo, si bien puede admitirlo o aceptarlo, puede no otorgarle eficacia jurídica (del contenido) por que no satisface los requisitos de derecho internacional privado del derecho nacional de recepción, por ejemplo, alegando razones de orden público, o porque no haya cumplido el requisito de procedimiento contradictorio. G. Cardaci y A. Schuster, *La circolazione dei documenti pubblici... op. cit.*, ap. 2.4.

⁷ En concreto, los Reglamentos que tienen como base jurídica el art. 81 del capítulo 3, en el ámbito de la “cooperación judicial en materia civil”, de título V sobre el “Espacio de libertad, seguridad y justicia” del TFUE, establecen normas sobre los “documentos públicos”.

⁸ La variedad y la heterogeneidad de los documentos que pueden incluirse como documentos públicos conduce a una gran tipología de efectos que pueden tener cuando se presentan en otro Estado miembro de la UE. A. Zanobetti, “La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019–3, p. 22. Los efectos que pueden desprender dependen de múltiples factores, como son la autoridad que los emite (documento administrativo, notarial, resolución judicial), la eficacia que pueden o se requiere que desprendan (probatoria, constitutiva, ejecutiva), las características formales que deben cumplir (firma, lengua, digital). En seno notarial español vid. J. Bolás Alfonso, I. Lora Tamayo Rodríguez, M. Sagardía Navarro, “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 452–484, 493–494.

⁹ Efectivamente, en los reglamentos que prevén la ejecución las resoluciones judiciales regulan asimismo de forma paralela la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, aunque con particularidades. Así, por ejemplo, en los Reglamentos: art. 58 R. 1215/2012 (civil y mercantil), art. 48 R. 4/2009 (obligación de alimentos), art. 60 R. 650/2012 (sucesiones).

¹⁰ No exenta de polémica doctrinal la introducción de la posibilidad de “reconocer” documentos públicos con fuerza ejecutiva, por ejemplo, art. 46 R. 2201/2003 en materia de crisis matrimonial y

recientes, se establece efecto probatorio mediante la aceptación de documentos públicos¹¹. Además, se ha regulado un certificado sucesorio europeo, de modo que, por primera vez, se prevé un documento supranacional con carácter europeo que desprende efectos ante las autoridades de todos los Estados miembros. Todos estos reglamentos reproducen la definición de “documentos públicos” en sus artículos iniciales¹², a efectos del propio reglamento, desde la perspectiva formal¹³. Asimismo, prevén en su mayoría la exención de legalización y requisitos de traducción de los documentos públicos que regulan cada uno de los reglamentos¹⁴, por ello incluimos un apartado dedicado a la coexistencia de dichas normas con el Reglamento 2016/1191 con el fin de determinar su orden de aplicación.

II. ELIMINACIÓN DE LA LEGALIZACIÓN O ANÁLOGO (APOSTILLE)

En cualquier proceso judicial civil o trámite administrativo con elemento extranjero¹⁵, el ciudadano o la empresa debe acompañar a la solicitud del expediente

responsabilidad parental. P. Callé, “L’acte authentique établi a l’étranger. Validité et exécution en France”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, n. 3, pp. 385–386.

¹¹ En cuanto el valor probatorio de los documentos públicos extranjeros aportados en un procedimiento civil, como norma general, cada Estado miembro dispone de su propia regulación (*lex fori regit processum*). Ahora bien, existen excepciones previstas en algunos reglamentos europeos más recientes, los cuales sí prevén el valor probatorio de los documentos públicos aportados ante una autoridad judicial de un Estado miembro, así en los Reglamentos: art. 59 R. 650/2012 (sucesiones); art. 58 R. 2016/1103 (REM) y el art. 58 R. 2016/1104 (efectos patrimoniales de las uniones registradas).

¹² A través de una cuestión prejudicial sobre el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE definió los documentos públicos con fuerza ejecutiva (STJCE 17 junio 1999, *Unibank A.S c. Flemming G. Christensen*, C-260/97). Dicha definición posteriormente devino la interpretación autónoma de documentos públicos con fuerza ejecutiva que se reproduce en todos los Reglamentos posteriores que prevén su ejecución. M. Font i Mas, “Els documents públics amb força executiva a l’espai judicial europeu”, C. Parra (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Ed. J.M. Bosch Editor, 2012, pp. 216–239.

¹³ Por ejemplo: art. 2.b) R. 1215/2012: “un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin”.

¹⁴ Así, por ejemplo, en las disposiciones generales y finales del R. 4/2009 se prevén, el Art. 65, Legalización y formalidades similares: “No se exigirá legalización ni formalidad similar alguna en el contexto del presente Reglamento.”. Y, el art. 66, Traducción de documentos justificativos: “Si[n] perjuicio de lo dispuesto en los arts. 20, 28 y 40, el órgano jurisdiccional ante el cual se haya presentado la demanda solo podrá exigir a las partes que presenten traducción de los documentos justificativos en una lengua distinta de la lengua del procedimiento si considera que dicha traducción es necesaria para dictar su resolución o para respetar los derechos de defensa.” Reglamento (CE) n. 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

¹⁵ En ámbito de procedimientos de extranjería y la validez extrínseca y probatoria de los documentos públicos, *vid.* M. Font i Mas, “Documentos extranjeros en los procedimientos de extranjería”, C. Parra Rodríguez; M. Giménez Bachmann, D. Marín Consarnau, *Nacionalidad y extranjería*, Huygens Editorial, Barcelona, 2021, pp. 377–409.

concreto o a la demanda judicial, de documentos públicos o privados que acrediten determinadas condiciones que atestigüen el cumplimiento de requisitos o prueben hechos. Estos documentos, cuando son públicos y extranjeros, es decir – de forma simplificada, que han sido emitidos por una autoridad que se cualifica de pública, y dicha autoridad es de un país distinto de la autoridad que los recibirá, y en su caso, les dará efectos, requieren que se demuestre su autenticidad (validez extrínseca)¹⁶ y que estén traducidos a la lengua (o lenguas) de la administración o autoridad de recepción.

En concreto, el Reglamento 2016/1191 adopta el sistema de exención de la legalización o formalidad análoga. Comprobamos, pues, que el fundamento de este Reglamento recae en la confianza mutua entre los Estados miembros. Son varias las recientes resoluciones judiciales españolas que citan el Reglamento 2016/1191 en que recuerdan pedagógicamente la exención de legalización o apostilla “Olvida la parte apelante que conforme al Reglamento sobre los documentos públicos (Reglamento (UE) 2016/1191), que se aplica desde el 16 febrero 2019, los documentos judiciales expedidos en un Estado de la U. Europea tienen *efecto* en otro Estado de la Unión sin necesidad de apostilla (FD1°)”¹⁷.

Ahora bien, la confianza mutua no alcanza los efectos que los documentos puedan desprender en el Estado miembro de recepción, es decir, no se aplica al reconocimiento “de los efectos jurídicos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro” (art. 2.4) y los impresos estándar multilingües no tendrán valor jurídico autónomo (art. 8). El Reglamento resultante y actualmente en aplicación, excluyó documentos inicialmente previstos¹⁸ y el reconocimiento mutuo de los efectos de los certificados de estado civil¹⁹. Tal y

¹⁶ Los requisitos de su autenticación se fundamentan en la autenticidad de la firma, la calidad en la que ha actuado el signatario del documento, e identidad del sello o timbre que figura en el documento. Es atestiguar la sinceridad de la firma (o del sello) y la condición de funcionario público extranjero o de autoridad pública extranjera, se trata de evitar que se introduzca una firma o un sello falsos o se usurpe una determina condición. Se trata de verificar los datos externos. A. Borrás Rodríguez, “De la exigencia de la legalización a la libre circulación de documentos”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, p. 30.

¹⁷ SAP GC 1647/2021 – ECLI:ES:APGC:2021:1647 de 28/04/202. En un procedimiento de nulidad matrimonial, en que se aporta como prueba documental una sentencia de adopción alemana, sin apostillar y con traducción por organismo público (D. General de Relaciones con la Admon. de Justicia del Gobierno de Canarias). La cursiva de “efecto” es nuestra, entendemos que se refiere a efecto de validez extrínseca o autenticidad. También: AAP B 3766/2020 – ECLI:ES:APB:2020:3766^a de 29/05/2020 (secc 18); SJCA 1716/2020 – ECLI:ES:JCA:2020:1716 de 19/02/2020.

¹⁸ Más allá del estado civil, incluía: documentos relativos a la personalidad jurídica y la representación de las sociedades, los relativos a bienes inmuebles y a derechos de la propiedad intelectual e industrial; asimismo, un certificado europeo de estado civil.

¹⁹ Téngase en cuenta que el ap. 4 del Libro Verde (2010) “Menos trámites para los ciudadanos (...) *op. cit.* incluía el reconocimiento del contenido de los documentos (la aceptación de situaciones válidamente creadas bajo otro sistema jurídico), y ello era realmente difícil, teniendo en cuenta que la UE no tiene competencia para regular este reconocimiento de los efectos sobre el estado civil; aun así se justificaba que la propuesta había superado el test de subsidiariedad y que existía un Convenio europeo previo de 25 mayo 1987 (CE 5–1987). M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de

como expresa M. Guzmán Zapater, el Reglamento “es un modesto resultado”, consecuencia de ser un tema complejo de gran trascendencia por ocuparse del estado civil y por las repercusiones en el tráfico económico, los riesgos de fraude inherentes a la circulación documental dispar entre los ordenamientos jurídicos, la irrupción de la tecnología y la desconfianza hacia ciertos Estados²⁰.

III. ELIMINACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos requieren por lo general la traducción a la lengua/s oficial/es del Estado de recepción para hacer comprensible a la autoridad u organismo público el contenido del documento y, en su caso, posibilitar que desprenda los efectos jurídicos pertinentes (reconocimiento, ejecución, prueba) o efectos prestacionales (obtener acceso a un derecho, recibir un servicio o cumplir una obligación) conforme a su derecho nacional. La traducción puede requerirse, según el tipo de documento y la autoridad o ente de destinación, que sea oficial o jurada, aunque también puede aceptarse la traducción privada en determinados foros considerando determinadas circunstancias²¹.

Atendiendo a los objetivos del Reglamento 2016/1191, en esencia, suprimir trámites para el ciudadano, prevé la simplificación de las traducciones, de modo que establece que no se exigirá traducción del documento público que vaya acompañado de un impreso estándar multilingüe (art. 6.1b) o esté redactado en la lengua oficial que también lo sea del Estado de recepción o lengua que haya aceptado (art. 6.1º.a)²².

Ciertamente, el Reglamento 2016/1191 dispone la posibilidad de que las autoridades de los Estados miembros elaboren impresos estándar multilingües (formularios) que acompañaran necesariamente al documento ya que no tienen valor jurídico autónomo (*vid.* art. 8, cdos. 22, 49)²³. En definitiva, los impresos estándar multilingües no deben surtir efectos jurídicos por lo que respecta al reconocimiento de su contenido (cdo. 26). Los impresos estándar multilingües tienen como fin “ayudar a la traducción del documento público” a la autoridad de recepción (arts.

documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 116

²⁰ M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, 2017, p. 162.

²¹ Por ejemplo, en la legislación procesal civil española, el art. 144 LEC, prevé la posibilidad de aportar documentos extranjeros traducidos de forma privada.

²² *Vid.* A. Schuster (ed.), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. Article-by-Article Commentary*, en prensa. Borrador de la obra cedida por el editor.

²³ Los impresos estándar multilingües no tendrán valor jurídico autónomo [no son certificaciones públicas plurilingües como algunos de la CIEC (cdo. 22, 49)], sino que se utilizarán como ayuda a la traducción, tal y como advierte el “aviso importante” contenido en todos los impresos estándar multilingües.

1.2º, 7, 9, 10) y evitar al ciudadano pagar traducciones juradas²⁴. Sin embargo, se establece una salvedad cuando el impreso estándar multilingüe no aporte la información suficiente a la autoridad de recepción, que no permita tramitar el documento público, de suerte que puede requerirse una traducción jurada (art. 6.1.b *in fine*, cdos. 23, 24 *in fine*, 25 del Preámbulo). Por ejemplo, cuando el impreso estándar multilingüe que acompaña una resolución judicial no refleje adecuadamente el contenido del documento, de tal manera que no elimina la necesidad de traducción (cdos. 23, 25). En dicho supuesto, deberá aceptarse una traducción certificada hecha en cualquier país de la UE²⁵. En la STSJ de Cataluña (2020), el tribunal advierte que no puede hacerse extensiva esta norma de obligación de traducción jurada por requerimiento de la autoridad de recepción en ámbito extracomunitario, requerimiento que solo es posible cuando no sea suficiente el impreso estándar multilingüe, y por ende, cuando sea de aplicación el Reglamento 2016/1191²⁶.

IV. IMPRESOS ESTÁNDAR MULTILINGÜES

En el Portal Europeo de E-Justicia²⁷, se halla el apartado de “Formularios en línea” en el que encontramos, junto a otros tantos, los “Formularios de documentos públicos”²⁸. Esta sección contiene información nacional de los Estados miembros, en particular: en qué lengua o lenguas puede presentarse un documento público; la lista

²⁴ Efectivamente, el Reglamento, a través del uso de los formularios estándar multilingües pretende eliminar o reducir las trabas administrativas y los costes para los ciudadanos, y garantizar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Lo advertía el Libro verde (2010) “Menos trámites para los ciudadanos (...) *op. cit.*: “la traducción representa asimismo una pérdida de tiempo y un coste” que en ese momento se valoraba que el coste medio de traducción de un documento sencillo podía oscilar entre 30€ y 150€.

²⁵ La traducción jurada puede ser realizada por cualquier persona habilitada para ello según el derecho de cada Estado miembro, así, la traducción jurada tendrá que ser aceptada por todos los Estados miembros (art. 6.1º). Dicha posibilidad desagradó al sector profesional de la traducción porque las regulaciones que habilitan para traducir con carácter oficial varían notablemente de un Estado miembro a otro, así como las tarifas. Puede consultarse la regulación general sobre los traductores jurados u oficiales (cuándo exista) de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, en el Portal Europeo de e-Justicia: [https://e-justice.europa.eu/116/EN/legal_translatorsinterpreters?init=true].

²⁶ STSJ CAT 1275/2020 – ECLI:ES:TSJCAT:2020:1275 de 20/01/2020. En el supuesto, el TSJ de Cataluña concluye que puede exigirse traducción, pero no jurada, en aplicación del art. 144 LEC.

²⁷ El Portal Europeo de e-Justicia está concebido para ser en un futuro una ventanilla única en el ámbito de la justicia. En su página inicial podemos leer que “lo primero que procurará es facilitar la vida del ciudadano ofreciéndole información sobre los sistemas jurídicos y mejorando el acceso a la justicia en la UE en 23 lenguas”; coinciden los objetivos con el propio Reglamento 2016/1191, “facilitar la vida del ciudadano” e información “en 23 lenguas”. La ventanilla única vendrá reforzada por la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 octubre 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (*Single Digital Gateway*).

²⁸ Esta concreta página fue la más visitada durante el año 2021 (más de 120.000), según información de la representante de la Comisión de la UE en *Final Conference* “Identities of the move. Documents Cross Border”, 23–24 junio, Italia.

de los documentos públicos a los que puede adjuntarse un formulario estándar multilingüe; una lista de traductores certificados; las autoridades que pueden hacer copias certificadas; las características de las traducciones juradas y las copias certificadas²⁹. También se disponen los 11 formularios en línea del Reglamento 2016/1191 (denominados anexos)³⁰ que posibilita a la autoridad o funcionario³¹ la configuración específica de un concreto impreso estándar multilingüe en dos lenguas (la de origen y la destino)³² que acompañará a un determinado documento público expedido por la autoridad de un Estado miembro con el fin de ser aportado ante la autoridad de otro determinado Estado miembro de la Unión.

El Reglamento 2016/1191, incluye la posibilidad de que los Estados miembros puedan crear versiones electrónicas de los impresos estándar multilingües empleando una tecnología distinta a la utilizada por el Portal Europeo de E-Justicia, siempre que contengan la información que exige el Reglamento 2016/1191 (Cdo. 29)³³.

Recordemos, empero, que no todos los Estados miembros prevén los once modelos de documentos públicos, de modo que tampoco se emiten impresos estándar multilingües. Es por ello que el Reglamento no debe obligar a los Estados miembros a expedir documentos públicos que no existan en virtud de su Derecho nacional (Cdo. 7 del preámbulo). Cada Estado miembro ha comunicado los documentos públicos que prevén sus derechos nacionales que se encuentran en el ámbito de aplicación del Reglamento (*Vid.* art. 1.b, art. 24.1.b) y, correlativamente, también han notificado la lista de documentos públicos a los que puede adjuntarse impresos estándar multilingües por parte de sus autoridades (*Vid.* art. 24.1.c)³⁴.

²⁹ Información comunicada por los países de la UE de conformidad con el art. 24 del Reglamento [https://e-justice.europa.eu/561/ES/public_documents?clang=es].

³⁰ Los 11 formularios son: Nacimiento (anexo I), Vida (anexo II), Defunción (anexo III), Matrimonio (anexo IV), Capacidad para contraer matrimonio (anexo V), Estado civil (anexo VI), Unión de hecho registrada (anexo VII), Capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho (anexo VIII), Calidad de miembro de la Unión de hecho registrada (anexo IX), Domicilio y/o Residencia (anexo X), ausencia de antecedentes penales en el Estado miembro de la nacionalidad del interesado (anexo XI).

³¹ Los formularios en línea del portal europeo, a pesar de ser accesibles por cualquier ciudadano, están reservados exclusivamente al uso de las autoridades nacionales autorizadas.

³² A diferencia de los anexos del Reglamento 2016/1191 publicados en el DO que, obviamente, solo están redactados en la lengua oficial de la versión lingüística del Reglamento respetando el multilingüismo integral, los formularios ‘dinámicos’ que pueden elaborarse en el Portal Europeo de E-Justicia configuran un impreso multilingüe en el que figuraran dos lenguas, la del Estado de origen y la del Estado de recepción, además de un glosario multilingüe.

³³ Esta última posibilidad, es decir, que los Estados miembros utilicen sistemas informáticos propios para emitir los impresos estándar multilingües ha sido realizada, por ejemplo, en la República Checa. Por su lado, Austria, ha integrado los formularios estándar en el *Zentrale Personenstandsregister-ZPR* (*Central Civil Status Register*), sin embargo, esta posibilidad coexiste con la utilización de los formularios del Portal Europeo de E-Justicia para determinados documentos que no emite el *Central Civil Status Register*. Del mismo modo, también en Finlandia prevé dos vías de emisión de formularios multilingües. A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public...*, *op. cit.*, en prensa.

³⁴ Para conocer las particularidades reguladas en cada Estado miembro en relación con la aplicación del Reglamento 2016/1191, puede consultarse en el portal de e-justicia, la “Información comunicada

Efectivamente, cuando se opta por un determinado formulario–Anexo, por ejemplo, el dedicado a la “Unión de hecho registrada (anexo VII)”, puede comprobarse que en la ventana que se abre, solo aparecen los países que pueden expedir este tipo de documento y correlativamente el impreso estándar multilingüe; a continuación, debe elegirse la lengua de destino del documento [dónde se presentará] y del impreso estándar multilingüe que lo acompaña. Para esta última opción, se comprueba que se ofrecen todas las lenguas, con independencia de que el documento exista o no en el Estado miembro de destino³⁵.

En la sentencia del TSJ de Galicia (2022) una de las partes alegaba que no se habían aportado los documentos legalizados ni traducidos en aplicación del Reglamento 2016/1191 por ser emitidos por autoridad de un Estado miembro (Portugal) que se presentaban ante tribunal español y que el ámbito material también resultaba cubierto en el art. 2.g). El hecho a probar era la convivencia como pareja no matrimonial para adquirir una pensión de viudedad, y para ello se aportaba una declaración de la *freguesia* y otras declaraciones ya que el código civil portugués no requiere registro. Dichas declaraciones no constituyen el certificado de unión registrada que incluye el Reglamento 2016/1191, razón por la que el tribunal gallego rechaza su aplicación porque no pueden equiparse documentos distintos³⁶.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y BASE JURÍDICA: ¿QUÉ DOCUMENTOS?

El Reglamento 2016/1191 se aplica a los documentos públicos y sus copias certificadas cuando: “los expida la autoridad de un Estado miembro para su presentación en otro Estado miembro” (Cdo. 2 y art. 1)³⁷. Ello con independencia de que sean solicitados por parte de ciudadanos de la UE (nacionales de Estados miembros y sus familiares) y presentados para el ejercicio de la libre circulación. En el ordenamiento español se refuerza la aplicabilidad del instrumento europeo a los documentos, en ámbito de extranjería, en la Instrucción DGM 2/2019 sobre la aportación de documentos en lengua extranjera en los procedimientos de extranjería

por los países de la UE (de conformidad con el art. 24 del Reglamento)” [https://e-justice.europa.eu/content_public_documents-561-es.do?clang=es].

³⁵ M. Font-Mas, “Commentary articles 7, 9, 10, 11, 12”, A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public...*, *op. cit.*, en prensa.

³⁶ STSJ GAL 1954/2022 – ECLI:ES:TSJGAL:2022:1954 16/03/2022. El tribunal propone que, ante la imposibilidad de registro de la pareja no matrimonial, ni en Portugal ni en España, sí podrían haber otorgado documento público ante notario.

³⁷ El Reglamento 2016/1191 no se aplica a los documentos públicos emitidos por las autoridades de un tercer Estado (art. 2.3.a) incluso cuando las autoridades de un Estado miembro ya los haya aceptado como auténticos; asimismo se excluyen respecto a las copias certificadas por países terceros realizadas por autoridades de un Estado miembro (art. 2.3.b, cdo. 17). Empiezan a haber resoluciones españolas que excluyen la aplicación del Reglamento 2016/1191, por aportarse documentos públicos de terceros Estados sin legalización, apostilla o análogo. Por ejemplo: SAN 5600/2021 – ECLI:ES:AN:2021:5600 de 15/12/2021, SAN 4171/2021 – ECLI:ES:AN:2021:4171 de 06/10/202 (secc. 5), SAP B 621/2021 – ECLI:ES:APB:2021:621 de 03/02/2021 (secc. 18).

(30/5/2019), en cuanto indica que el Reglamento 2016/1191 se aplica de forma directa a los documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados miembros, pudiendo dichos documentos contener, en algunos casos, “información relativa a nacionales de terceros Estados, que actúen como interesados en procedimientos de extranjería.” Con lo cual, no depende de la nacionalidad (con la excepción de los certificados de ausencia de antecedentes penales, art. 2.m)³⁸ ni de la residencia (con la excepción de los documentos para el ejercicio del sufragio activo y pasivo, art. 2.2º)³⁹ del ciudadano solicitante del documento. Así pues, a pesar de que el título del Reglamento sea “que facilita la libre circulación de los ciudadanos” y la base jurídica sea el art. 21.2º TFUE, entendemos que su ámbito de aplicación va más allá de los documentos públicos de nacionales europeos.

El Reglamento 2016/1191 contiene una definición autónoma de “documentos públicos”⁴⁰, que se fundamenta en la autoridad de expedición como autoridad pública o revestida con funciones públicas según su derecho nacional que le autorice a expedir o recibir un documento o copia certificada⁴¹ (art. 3.2º), en que se incluyen (art. 3.1º): a) Los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro; b) Los documentos

³⁸ Existe la excepción respecto al “certificado de antecedentes penales”, el cual se exige que sea expedido [el documento público] a un ciudadano de la Unión por las autoridades del Estado miembro del que tiene la nacionalidad (art. 2.1.m). Vid. M. Font i Mas, “Documentos extranjeros en los procedimientos...”, *loc. cit.*, p. 388.

³⁹ Asimismo, existe otra particularidad con relación a la documentación que se le pueda exigir al ciudadano para el sufragio pasivo o activo en las elecciones del Parlamento Europeo o en municipios del Estado miembro, respecto los cuales se requiere la residencia del solicitante cuando sea nacional de otro Estado miembro.

⁴⁰ El término que utiliza el Reglamento para denominar el objeto de regulación son los “documentos públicos” en la versión española, “public documents” en la inglesa, “documents publics” en la francesa o “documenti pubblici” en la italiana; y ello, no sorprende, a priori, son traducciones literales. Ahora bien, en los Reglamentos europeos de cooperación civil internacional, la referencia a dichos documentos es de “documentos públicos” en la versión española, “authentic instruments” en la inglesa, “actes authentiques” en la francesa y “atti pubblici” en la italiana. La incoherencia vertical de los términos utilizados puede causar confusión, no obstante, la divergencia en las versiones (no en la versión española) puede ser voluntaria por parte del legislador europeo con el fin de destacar una característica concreta (público/acto), e utilizar un término más amplio que englobe los particulares o diferenciar las definiciones autónomas, en dicho caso plantemos si hubiera sido oportuno utilizar otro término en castellano. Respecto el término en francés, B. Pasa ya anunciaba que la noción de documento público europeo no coincide con el concepto de acto auténtico de tradición francés y el uso equívoco del “acto” auténtico como sinónimo del “documento” público; la visión reduccionista parece inexacta. B. Pasa, “La Propuesta de Reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ en la Unión Europea y el notariado latino”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 161–179.

⁴¹ La copia certificada cuenta con una definición autónoma en el Reglamento (art. 3.7º). También admite la posibilidad de aplicarse a las versiones electrónicas de los documentos públicos y a los impresos estándar multilingües que sean aptos para el intercambio electrónico, cuando el Estado miembro lo decida (cdo. 9). El Reglamento establece que la autoridad de un Estado miembro que requiera la presentación de un documento original no podrá exigir una copia certificada de éste (art. 5.1) y, además, cuando la autoridad de un Estado miembro exija la presentación de una copia certificada, tendrá que aceptar la realizada en otro Estado miembro (art. 5.2º).

administrativos; c) Las actas notariales⁴²; d) Las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados; e) Los documentos expedidos por los agentes diplomáticos o consulares de un Estado miembro.

En relación a los hechos contenidos en estos documentos públicos, son los siguientes (art. 2)⁴³: el nacimiento; que una persona está vivía; la defunción; el nombre; el matrimonio, incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil; la unión de hecho registrada, incluidas la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada; la filiación; la adopción; el domicilio o la residencia; la nacionalidad; la ausencia de antecedentes penales, siempre que los documentos públicos al respecto sean expedidos a un ciudadano de la Unión por las autoridades del Estado miembro del que tiene la nacionalidad; y, documentos para ejercer el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo o elecciones municipales en su Estado miembro de residencia. En su mayoría son hechos del estado civil de las personas físicas.

La Audiencia Provincial de Zaragoza (2021)⁴⁴ aclara, en un procedimiento monitorio que fue inadmitido a trámite por el tribunal de primera instancia “por no haber subsanado el defecto apreciado de falta de poder de representación procesal, ya que en el aportado por la demandante no consta apostilla o firma de Notario con validez en la Unión Europea”, que al tratarse de un documento público expedido por notario de un Estado miembro [no figura la información de la procedencia], no es necesario que esté apostillado, de conformidad y en aplicación del Reglamento 2016/1191, de modo que deben ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país de la UE. Si bien es cierto que el art. 3 Reglamento. 2016/1191 incluye al notariado como autoridad pública o revestida con funciones públicas según su derecho nacional que le autorice a expedir un documento, por su parte, el art. 2 del mismo Reglamento no incluye el poder de representación procesal en el listado de los hechos⁴⁵. Somos del parecer que el poder en el procedimiento monitorio tendría que haberse apostillado.

⁴² Coincidimos con P. Diago en interpretar que las “actas notariales” indicadas en el Reglamento 2016/1191, se refiere a “documentos notariales” atendiendo al espíritu del Reglamento y a una inadecuada traducción de “actes notariés” o “notarial acts” en la versión lingüística española del reglamento. Una interpretación al contrario o literal dejaría fuera del ámbito del Reglamento al resto de documentos notariales españoles, mientras que cubriría, por ejemplo, todos los documentos notariales franceses. P. Diago Diago, “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1999*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 26–27.

⁴³ Comprobamos que los hechos previstos en el listado del art. 2, son en su mayoría sobre el estado civil de la persona física, pero también incluye algunos relativos a circunstancias personales.

⁴⁴ AAP Z 634/2021 – ECLI:ES:APZ:2021:634^a de 21/04/2021

⁴⁵ Así tampoco en la comunicación de España a la Comisión europea, (art. 24, ap. 1, letra b))– de la lista indicativa de los documentos públicos que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento en España. e-justicia: [https://e-justice.europa.eu/561/ES/public_documents?SPAIN&member=1]

VI. COEXISTENCIA DEL REGLAMENTO 2016/1191 CON OTROS INSTRUMENTOS

1. Orden de aplicación

Para establecer el orden de aplicación y la posibilidad de compatibilidad entre los instrumentos que coexisten que eximen o simplifican la autenticidad de los documentos públicos, el punto de partida es la regulación prevista en el Reglamento 2016/1191, en su capítulo V, sobre relaciones con otras disposiciones de Derecho de la Unión y con otros instrumentos⁴⁶. En relación con las disposiciones del Derecho de la Unión que prevén la no necesidad de legalización o análogo (como son los Reglamentos de cooperación civil internacional), el Reglamento 2016/1191 dispone que continuarán aplicándose, resultando ser esta regulación un complemento (art. 17, cdo. 44). Así pues, son compatibles, es decir, cuando se presente una sentencia judicial, por ejemplo, de divorcio dictada por las autoridades de un Estado miembro para que sea reconocida y se actualicen los datos del registro civil en otro Estado miembro (art. 21.2º RB IIbis), esta sentencia no requiere de legalización ni apostilla en virtud del mismo Reglamento 2201/2003 (art. 52 RB IIbis) y prevé la utilización de un formulario que acompañará la resolución (art. 39 RB IIbis); la sentencia y el formulario pueden presentarse sin traducción, aunque esta podrá ser requerida por el órgano jurisdiccional (art. 38.2 RB IIbis). A este supuesto también sería de aplicación el Reglamento 2016/1191, en virtud del cual tampoco sería requerida la legalización o apostilla de la resolución judicial (art. 3.1º.a) y podría ir acompañada de impreso estándar multilingüe (art. 6.2º). Esta posibilidad, utilizar el Reglamento 2016/1191, se evidencia ante nuestros tribunales, por ejemplo, en la AP de Barcelona (2020)⁴⁷, en un proceso de reconocimiento y ejecución de sentencia dictada en Rumania, la demandada se oponía esgrimiendo que se había aportado la sentencia sin apostilla de Haya, *inter alia*. La Audiencia de Barcelona, a pesar de errar en calificar el certificado (formulario) del art. 39 del RB IIbis como la legalización de la sentencia [es el art. 52 RB IIbis que exige de esta], advierte acertadamente que igualmente no era necesaria la apostilla o legalización en virtud del Reglamento 2016/1191.

Insistimos en que son compatibles los Reglamentos de cooperación civil internacional y el Reglamento 2016/1191, aunque lo conveniente sería aplicar la norma más específica ya que cuando se pretende la ejecución o el reconocimiento de la resolución judicial, esta se acompaña generalmente por un certificado (formulario multilingüe) que emite la misma autoridad judicial de origen circunstancia que refuerza la autenticidad de la resolución que acompaña –aunque no garantiza que pueda ser falsificada– y puede ser suficiente a efectos de comprensión sin requerir

⁴⁶ Vid. M. Font-Mas, “El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos: el Reglamento (UE) 2016/1191”, D. Marín Consarnau (Dir.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía, Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 205–209.

⁴⁷ Vid. AAP B 3766/2020 – ECLI:ES:APB:2020:3766º de 29/05/2020 (secc. 18).

traducción de forma expresa. Coincidimos con M. Guzmán Zapater en que el mecanismo de control de la autenticidad extrínseca o veracidad de la resolución judicial (como documento público) del Reglamento 2016/1191 es más garantista (es el Sistema IMI de cooperación de autoridades) que la ausencia de previsión de los Reglamentos de DIPr⁴⁸.

Entendemos, empero, que la exención de legalización a las resoluciones judiciales en ámbito intraeuropeo que se aportan a efectos probatorios no están cubiertos por la mayoría de los Reglamentos de DIPr – a excepción de los que ya introducen efectos probatorios como es el Reglamento de sucesiones (art. 59 y 74)⁴⁹– de modo que aplicaríamos el Reglamento 2016/1191 para eximir de legalización y acompañaríamos de formulario multilingüe, en su caso. El valor probatorio de los documentos públicos aportados en procedimientos civiles internacionales dependerá de la norma procesal interna del foro y, según la normativa procesal aplicable, podrá ser desvirtuada con prueba al contrario⁵⁰.

Ahora bien, en relación con otros instrumentos internacionales preexistentes (léase Convenios internacionales) el art. 1.1 *in fine*, indica que el Reglamento 2016/1191 no impedirá que una persona se acoja a otros sistemas aplicables entre Estados miembros por los que se exima la legalización o tramite similar (norma reforzada en los considerandos 4 y 5, 11, 49). Esta afirmación se contrapone al indicado en el art. 19 (cdo. 46), que esgrime en relación con otros convenios sobre la materia (exención de legalización) en que sean parte Estados miembros de la Unión, que dichos convenios continuarán en aplicación, pero entre los Estados miembros primará el Reglamento 2016/1191 frente los convenios bilaterales y multilaterales. Sin embargo, puntualiza que esta norma del art. 19 se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.1 *in fine*, es decir, que una persona se acoja a otro sistema de autenticación o exención de ella, aplicable en un Estado miembro. En definitiva, aunque el Reglamento 2016/1191 establece la preferencia de aplicación de éste en cuanto exime de legalización o análogo frente a otros convenios en que sean parte Estados miembros de la UE (Convenio de la Apostilla de La Haya⁵¹; Convenios

⁴⁸ M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de los documentos en materia de estado...” *loc. cit.*, p. 176. De hecho, no se prevé ningún sistema de control en los Reglamentos europeos de DIPr sobre la autenticidad; sólo se prevé la posibilidad de exigir traducción.

⁴⁹ En relación con el Reglamento de sucesiones, el primero a introducir el valor probatorio, *vid.* M. Anderson; M. Font-Mas, “The Evidentiary Effects of Authentic Acts in Spain: National Report”, P. Beaumont, J. Fitchen, J. Holliday, “The Evidentiary Effects of Authentic Acts in the Member States of the European Union, in the Context of Successions.” Study for the JURI Committee. European Parliament, European Union, 2016. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL_STU%282016%29556935_EN.pdf].

⁵⁰ El Reglamento 2016/1191 indica que los Estados miembros pueden adoptar entre ellos disposiciones en cuestiones no reguladas en el Reglamento, como el valor probatorio de los documentos públicos y el valor jurídico de formularios multilingües (cdo. 47). Por todos, *vid.* P. Jiménez Blanco, “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, M. Font Mas (dir), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 431–473.

⁵¹ El Reglamento 2016/1191 demanda a las autoridades nacionales que informen a las personas solicitantes de apostillas que ésta ya no es necesaria si “dicha persona pretende presentar el documento

CIEC u otros) (art. 19) permite que la persona interesada utilice el instrumento normativo que desee para eximir el documento público de legalización (art. 1.1 *in fine*)⁵². Asimismo, el uso de los impresos estándar multilingües también es opcional (ya que es una “ayuda adecuada a la traducción” y, en todo caso, porque necesariamente acompañarán a un documento público). Si embargo, los Estados miembros “deben procurar adjuntar un impreso estándar multilingüe al mayor número posible de documentos públicos que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento” (Cdo. 23 del Preámbulo)⁵³, si bien, es una opción aportar el documento público con una traducción jurada.

2. ¿Uso prioritario del Reglamento 2016/1191?

Con una breve comparación, podemos afirmar que el Reglamento 2016/1191 va más allá que el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 de la Apostilla, ya que este último, no solo requiere acompañar el documento público con una Apostilla, sino que debe acompañarse de una traducción. Sin lugar a duda, el Reglamento 2016/1191 suprime dos tramites. En contraposición, la utilización del impreso estándar multilingüe es menos eficiente que algún Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), que regula y prevé que la autoridad expida el documento directamente en varias lenguas (plurilingüe), por este motivo no es necesaria ni su traducción, ni acompañarse de formulario alguno⁵⁴ y en determinados convenios se prevé valor probatorio del extracto entre los Estados parte⁵⁵. Debe apuntarse, sin embargo, que el

en otro Estado miembro” (Cdo 5). El Convenio de la Apostilla de La Haya, por su parte, prevé que, si fuese de aplicación un Convenio internacional o un reglamento europeo o leyes que dispensen de legalización de un documento, no será preciso apostillar (art. 3). Es decir, establece la prioridad de los instrumentos normativos que eximen de legalizar o análogo, como resulta ser el Reglamento 2016/1191.

⁵² La base jurídica del Reglamento, el art. 2 TFUE, no otorga o desplaza la competencia a la UE de regular esta materia, es decir, no hay efecto *AETR*, de modo que los Estados miembros pueden negociar, adoptar, modificar acuerdos internacionales con terceros países en materia de legalización o trámite similar de los documentos públicos contemplados en el Reglamento (art. 19.4). A. Vettorel, “EU Regulation 2016/1191 and the circulation of public documents between EU member states and third countries”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 342–351.

⁵³ En el panorama comparado, algunos Estados miembros ponen a disposición de la ciudadanía toda la información y además han preparado especialmente sus funcionarios con instrucciones detalladas sobre como aceptar y expedir documentos públicos en aplicación del Reglamento 2016/1191 y sugerir el modelo de formulario más adecuado atendiendo a los efectos que se prenden del documento en otro Estado miembro, como es el caso de Estonia y Finlandia, mientras que en otros Estados miembros la información es escasa. Vid. A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa. Borrador de la obra cedida por el editor.

⁵⁴ De ello es consciente el legislador de la UE, en cuanto destaca la diferencia entre la regulación de los impresos estándar multilingües que siempre acompañan al documento público, respecto los “extractos plurilingües de actas del registro civil” establecidos por los Convenios de la CIEC nº 2, 16, 34. Pueden consultarse estos Convenios en la web de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC): [<http://www.ciecl.org/>].

⁵⁵ Efectivamente, los extractos plurilingües previstos en los Convenios CIEC tienen el mismo valor que los extractos emitidos en virtud del derecho interno del Estado emisor. Puede considerarse que la limitación de los impresos multilingües del Reglamento 2016/1191 como herramienta de comprensión,

alcance de los Convenios CIEC es más reducido en cuanto Estados parte en comparación con el número de Estados miembros de la UE que aplican el Reglamento 2016/1191; así como, es más reducida la tipología de documentos públicos que cubren los Convenios CIEC respecto los contemplados en el Reglamento de la UE.

Si tenemos que valorar la preferencia en utilizar el Reglamento 2016/1191 o los Convenios Internacionales tomando en consideración el sistema de control de autenticidad posterior ejercido por la autoridad de recepción previsto en los instrumentos, podría argumentarse que el sistema de registro de la apostilla electrónica es excelente en cuanto permite comprobar con un “clic”, la existencia de esta⁵⁶. Ahora bien, el desarrollo de e–apostillas y e–registros marcha a distintas velocidades en el mundo, también en seno de los Estados miembros de la UE, de modo que actualmente, sólo cuentan con e–registro diez Estados miembros y con e–apostillas siete Estados miembros de la UE⁵⁷. Por otro lado, en clara desventaja, en cuanto a la comprobación de la autenticidad, se sitúan los Convenios de la CIEC que no cuentan ni con un repositorio de documentos modelo⁵⁸ ni con un sistema ágil y electrónico de cooperación de autoridades como el Sistema IMI que prevé el Reglamento 2016/1191⁵⁹.

A pesar de las ventajas señaladas en el uso del Reglamento 2016/1191, lo cierto es que se concluye que se utiliza poco y su implementación va a distintas velocidades según el Estado de expedición del documento público y del impreso estándar multilingüe⁶⁰. Se esgrime, básicamente, desconocimiento y desconfianza hacia el Reglamento 2016/1191 en detrimento del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, pero también, que respecto

es un condicionamiento sorprendente que limita el interés del Reglamento. N. Nord, “La circulation des actes de l’état civil au sein de l’Union européenne”, M.V. Cuartero Rubio, J.M. Velasco Retamosa (Dir.), *La vida familiar internacional en una europea compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 91.

⁵⁶ Vid. Ch. Bernasconi, “The electronic apostille program (e–APP): bringing the apostille convention into the electronic era”, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 199–212; M. Font i Mas, “La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de Reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE”, M. Font–Mas (Dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch editor, 2014, pp. 76–82.

⁵⁷ Tabla de puesta en práctica del e–APP: [<https://www.hcch.net/es/instruments/specialised-sections/apostille>] (consulta: junio 2022)>]. De un total de 122 Estados contratantes: 49 Estados disponen de e–registro y 27 de e–apostilla.

⁵⁸ Puede consultarse el repositorio de los documentos públicos más utilizados por los Estados miembros de la UE “Repository of most commonly used public documents” en el Portal de E–justicia: [https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/repositories/commonly-used-public-documents/index_en.htm].

⁵⁹ G. Cardaci; A. Schuster, *La circolazione dei documenti pubblici... op. cit.*, ap. 6.6.

⁶⁰ Vid. A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, (en prensa).

determinados tipos de documentos públicos sobre el estado civil resulta más fácil y ventajoso para el ciudadano continuar aplicando los Convenios CIEC⁶¹.

En relación a la desconfianza, a efectos de ejemplo, el Servicio de Legalizaciones de la Dirección General de Españoles y Asuntos Consulares y Migratorios, del MAEUEC en Madrid, tuvo que editar (2019) unas etiquetas adhesivas simples en las que se leía: “Por aplicación del Reglamento comunitario 2016/1191, en vigor desde el 16 febrero 2019 este documento está exento de legalización o apostilla”. Dicha etiqueta se adhería al documento público que expiden con finalidad pedagógica a la ciudadanía solicitante, que parece ser que se resistían a aceptar un documento sin legalización o apostilla cuando lo tenían que presentar ante la autoridad de un Estado miembro de la UE⁶².

Desde la perspectiva del desconocimiento del Reglamento 2016/1191, presentamos una de las sentencias de los tribunales españoles que incluyen explicaciones con carácter formativo respecto de la aplicabilidad o no del Reglamento 2016/1191 en relación con otros instrumentos⁶³. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (2021)⁶⁴, expone que en primera instancia fue desestimada una demanda de divorcio (*inter alia*), por incumplir la exigencia de ir acompañada de la certificación de la inscripción de matrimonio (art. 770.1º LEC), pese a que se indicaba en la demanda que era acompañada de una “certificación de matrimonio expedida por el Registro Civil de Gibraltar”, respecto la cual alegaba el recurrente que era “una copia de documento en lengua extranjera, que no se ajusta en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma”. La Audiencia malagueña recuerda, de forma pedagógica, por un lado, que en aplicación del Reglamento 2016/1191 los documentos públicos incluidos en la norma y a sus copias certificadas, deben quedar exentos de toda forma de legalización y trámite similar (FJ. 2). En cuanto, la particularidad de ser un documento británico, también lo resuelve bien indicando que era de aplicación para el Reino Unido hasta la finalización del periodo transitorio⁶⁵. Por otro lado, más laboriosa resulta la argumentación en relación con la falta de traducción del certificado de matrimonio que estaba en inglés. Continúa el

⁶¹ Vid. datos del mayor uso de los Convenios CIEC comparado con el uso del Reglamento 2016/1191, en la nota 69.

⁶² Información amablemente facilitada por el mismo Servicio de Legalizaciones de la Subdirección General de Asuntos Jurídicos Consulares (mayo de 2019).

⁶³ Hasta la fecha de presentación del estudio (junio 2022) DO son las sentencias publicadas en el CENDOJ que mencionan el Reglamento 2016/1191. La mayoría lo introducen con explicaciones sobre su aplicabilidad. Las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública citan más a menudo el Reglamento 2016/1191. Reservamos su análisis para un próximo estudio.

⁶⁴ SAP Málaga 4120/2021, de 17 diciembre 2021. ECLI:ES:APMA:2021:4120.

⁶⁵ (FJ. 2) La demanda acompañada del certificado de matrimonio expedido por la autoridad de Gibraltar fue presentada el 13 febrero 2020, cuando aún era de aplicación el Reglamento 2016/1191 para el Reino Unido. Finalizó el período transitorio el 31 diciembre 2020. Posteriormente, en otro asunto, la misma sala, desestima la aplicación del Reglamento 2016/1191 por el ámbito territorial de aplicación respecto la documental en inglés que acompañaba demanda de modificación de cuantía de pensión de alimentos por ser presentada en fecha posterior al 31 diciembre 2020, no siendo de aplicación el Reglamento 2016/1191 para el Reino Unido. SAP MA 4203/2021, de 30 diciembre 2021, ECLI:ES:APMA:2021:4203.

fundamento instructivamente introduciendo los impresos estándar multilingües previstos en el Reglamento 2016/1191, que tienen por objeto “superar las barreras lingüísticas, facilitando así aún más la circulación de documentos públicos entre los Estados miembros”. Estos suprimen la necesaria traducción, “siempre y cuando” vayan acompañando al documento público y la autoridad de recepción considere que la información sea suficiente para tramitar el documento público. El hecho era que el certificado gibraltareño no iba acompañado de tal impreso multilingüe; por ello, la línea argumental fue de carácter procesal: como se admitió a trámite la demanda, efectuado el control de admisibilidad, y no habiendo sido recurrido por la parte demandada, el decreto dictado por la Letrada de la Administración de Justicia adquiere firmeza considerando cumplido el art. 770.1º LEC; y queda, constatado que no se duda de la realidad de la celebración del matrimonio, ni su fecha ni lugar, sin suponer un hecho controvertido en la instancia (FJ. 2). La Audiencia resuelve declarando legalmente disuelto, por divorcio, el matrimonio, entre otras cuestiones.

En la misma línea pedagógica, pero a sensu contrario, la Instrucción DGM 2/2019 sobre la aportación de documentos en lengua extranjera en los procedimientos de extranjería (30 mayo 2019), aclara que a pesar de que el Reglamento 2016/1191 exime de legalización y apostilla a los documentos públicos y sus copias certificadas, deberán admitirse los documentos apostillados si el interesado los presenta, “ya que el citado Reglamento coexiste con el Convenio sobre la Apostilla de La Haya, suscrito por todos los Estados Miembros de la Unión Europea.”

En relación con la aplicación preferente de otros instrumentos convencionales respecto el Reglamento 2016/1191, de los datos estadísticos que se disponen⁶⁶, podemos concluir que en determinados Estados de la Unión Europea se aplica poco el Reglamento. Reveladores son los datos de Bélgica, en que la diferencia de emisión de certificados plurilingües de la CIEC continúa siendo muchísimo más elevada que la emisión de formularios multilingües en aplicación del Reglamento 2016/1191 por parte del BAEC (*Banque de données des Actes de l'État Civil*)⁶⁷. Asimismo, Austria, a pesar de no contar con datos estadísticos oficiales, indica que son pocos los formularios estándar multilingües emitidos, y que continúan solicitándose con más frecuencia los documentos emitidos en virtud de las convenciones de la CIEC, igualmente así en Italia⁶⁸. El secretario general de la CIEC concluye respecto el

⁶⁶ No disponen de estadísticas de la aplicación del Reglamento 2016/1191, Bulgaria, República Checa, Grecia, Portugal, entre otros tantos Estados miembros. Vid. A. Schuster (ed.), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa

⁶⁷ En agosto de 2021 fueron emitidos 10.414 extractos multilingües de nacimiento, matrimonio y defunción del Convenio 16 de CIEC de la base de datos central DABS frente a 411 formularios estándar multilingües con un extracto o copia certificada de actas de nacimiento, matrimonio y defunción. Vid. A. Schuster (ed.), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa. En las conclusiones del proyecto europeo, se plantean si los extractos son a su vez documentos públicos, a los cuales podría añadirse un impreso estándar multilingüe para ser presentados ante la autoridad de otro Estado miembro al que no se le aplica el Convenio CIEC. *Final Conference “Identities of the move. Documents Cross Border”*, 23–24 junio, Italia.

⁶⁸ Vid. A. Schuster (ed.), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey* (en prensa).

mantenimiento y uso de los convenios CIEC frente al uso del Reglamento 2016/1191 que “para los particulares es más interesante disponer de un verdadero certificado de estado civil plurilingüe que puede invocarse en el extranjero que disponer de un simple documento, carente de valor jurídico alguno”⁶⁹.

VII. MÁS ALLÁ DE LA TRADUCCIÓN DE TÉRMINOS: “CASO *PANCHAREVO*”

Como se ha expuesto, aplicar el Reglamento 2016/1191 es preferente entre los Estados miembros de la UE respecto otros instrumentos normativos, sin embargo, deviene una opción del ciudadano que requiere la expedición de un documento público ante una autoridad de un Estado miembro, solicitar o no una legalización o trámite similar y una traducción jurada o requerir la emisión de un impreso estándar multilingüe (art. 7.1º)⁷⁰.

En el asunto *Pancharevo* del Tribunal de Justicia de la UE (C-490/20)⁷¹, no se aplicó el Reglamento 2016/1191 a pesar de ser preferente. En el supuesto, la interesada (madre de nacionalidad búlgara) solicitó la expedición de un certificado de nacimiento búlgaro de su hija al municipio de Sofía (Bulgaria), necesario para la expedición de un documento de identidad búlgaro. A tal efecto, fue aportado un certificado de nacimiento expedido por la autoridad de otro Estado miembro de la Unión (España) legalizado y acompañado de su traducción jurada al búlgaro (ap. 20). La fecha de solicitud fue del 29 enero 2020, y el nacimiento e inscripción del nacimiento en el Registro civil español fue en diciembre de 2019, de modo que cuando se solicitó el certificado ya era de aplicación el Reglamento 2016/1191⁷², respecto un documento público español (certificado de nacimiento) que debía aportarse ante otra autoridad de un Estado miembro (Bulgaria). Ciertamente, se habría podido aportar sin legalización, y, podría haberse acompañado por un impreso

⁶⁹ N. Nord, “La circulation des actes de l’état civil... *loc. cit.*, p. 99.

⁷⁰ El impreso estándar multilingüe que acompaña al documento público tiene que ser requerido, es decir, no se expide automáticamente o *ex officio*, sino que tiene que ser solicitado. Ello es lógico, porque solo será necesario acompañar el documento público extranjero (intra-UE) de un impreso estándar multilingüe cuando este deba de ser presentado ante una autoridad de un Estado miembro distinto del de la expedición, y, además, el documento público no tiene que estar redactado en una lengua oficial del Estado miembro de recepción del documento porque entonces no requeriría de traducción (*vid.* art. 6.1º.a). De tal manera que, solo cuando el documento deba tener efectos trasfronterizos requerirá traducción, y por ello, será imperioso solicitar expresamente el impreso estándar multilingüe, el cual será emitido necesariamente en dos lenguas concretas. Por un lado, la lengua de emisión del documento público, y por otro, la lengua del Estado miembro de recepción del impreso estándar multilingüe (*vid.* art. 10). Es decir, solo el solicitante del documento sabe a qué autoridad de qué Estado miembro se aportará el documento, y ello debe de ser comunicado a la autoridad del Estado miembro que expedirá el impreso estándar multilingüe para que así lo pueda emitir atendiendo a su destino (lengua/s que acepta). *Vid.* M. Font-Mas, “Commentary articles 7, 9, 10, 11, 12”, A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. Article-by-Article Commentary* (en prensa).

⁷¹ STJ 14 diciembre 2021, asunto C-490/20, V.M.A y *Stolichna obshtina*, rayon “*Pancharevo*” (ECLI:EU:C:2021:1008).

⁷² Entró en aplicación el 16 febrero 2019 (art. 27).

estándar multilingüe del anexo I (español–búlgaro). Pero la solicitante optó⁷³ por no aplicar el Reglamento 2016/1191, a pesar de que eliminaban dos trámites: legalización (en concreto, aportación de apostilla) y traducción.

Lo cierto es que en el asunto *Pancharevo*, de haberse aplicado el Reglamento 2016/1191 por lo cual se hubiese aportado el certificado de nacimiento español sin legalizar junto al impreso estándar multilingüe español–búlgaro, el resultado habría sido el mismo. El registro civil de Bulgaria no habría inscrito el nacimiento y emitido certificado atendiendo a sus argumentos, en cuanto en el documento de nacimiento del otro Estado miembro figuraban dos madres. Consecuentemente, por un lado, faltaba la información sobre la identidad de la madre biológica según requiere la norma búlgara y, por otro lado, constaban dos progenitores del mismo género, siendo contrario al orden público y a la identidad nacional de la República de Bulgaria. Efectivamente, al estar excluido en el art. 2.4º Reglamento 2016/1191 el reconocimiento automático de las relaciones jurídicas contenidas en los documentos públicos (*negotium*), el derecho internacional privado de recepción (búlgaro) se aplica a la cuestión de validación o recepción de la relación jurídica extranjera según su propio ordenamiento de modo que podría alegarse, como en el caso, la excepción de orden público por parte de las autoridades⁷⁴.

Aunando en la hipótesis de haberse utilizado un impreso estándar multilingüe (español–búlgaro) debemos reiterar que no tienen valor jurídico autónomo (art. 8). La “ayuda a la traducción” que suponen estos formularios multilingües tiene un alcance realmente limitado, en cuanto que, si bien pueden traducirse los términos incluidos en el formulario a otra lengua sin dificultad desde el punto de vista lingüístico (*v.gr.*, progenitor), en algunos supuestos el uso realizado de los términos vinculados a una regulación nacional de una figura jurídica conlleva la no equivalencia o inexistencia de significado jurídico (*p.ej.* madre), imposibilitando efectos (*v.gr.*, no reconocer dos progenitores del mismo género). En este ámbito, en el Reglamento 2016/1191, confluyen dos cuestiones a abordar conjuntamente: la consecuencia de la introducción de “rúbricas particulares” en el impreso estándar multilingüe que no es otra cosa que la regulación propia, o nacional de una figura o relación jurídica; y, la traducción de estas rúbricas a la lengua de la autoridad de recepción que conlleva implícitamente problemas de aceptación del propio impreso y del documento público que acompaña. Ello era previsible ya desde la publicación de los anexos del Reglamento 2016/1191 y, posteriormente, en los formularios en

⁷³ De la lectura de la sentencia y conclusiones, no es posible saber si la opción de no aplicación del Reglamento 2016/1191 fue por desconocimiento, por desconfianza o deliberadamente por parte de la solicitante o su representante legal. También desconocemos si la autoridad expedidora (el registro civil de Barcelona) cuando emitió el certificado, en el caso que se le advirtiera que el documento era para Bulgaria, informó que no era necesario legalización y que podía solicitar un impreso estándar multilingüe. Recordemos que el Reglamento 2016/1191 demanda a las autoridades nacionales que informen a las personas solicitantes de apostillas que ésta ya no es necesaria si “dicha persona pretende presentar el documento en otro Estado miembro” (Cdo 5).

⁷⁴ N. Nord, “La circulation des actes de l’état civil... *loc. cit.*, pp. 89–90. “Une telle limite peut être source de méprises, de malentendus voire de frustration pour des personnes qui ne connaissent pas les subtilités du droit international privé et du droit de l’Union Européenne”.

línea que incluyen las rúbricas particulares, porque eran y son evidentes los desajustes inicialmente lingüísticos que tienen consecuencias jurídicas⁷⁵.

Uno de los supuestos que advertíamos que probablemente causaría problemas, se encuentra en el primero de los anexos (I) sobre nacimiento del Reglamento 2016/1191. En la rúbrica normalizada (igual para todas las versiones lingüísticas) nº 4, que contiene la “información sobre la persona nacida”, solo incluye el nombre y apellido/s, la fecha de nacimiento, el lugar y país de nacimiento y el sexo. Nada más. En todo el formulario no se requiere información alguna sobre los progenitores y no existe un formulario multilingüe (anexo) sobre filiación en el que podrían constar. ¿Eludir dicha información era una forma de evitar que no se aprobase el Reglamento? Lo cierto es que en el anexo I sobre nacimiento de la inicial propuesta de Reglamento (2013) se incluía el nombre del “padre” y de la “madre”, que verificamos se excluyó en la versión del Reglamento finalmente aprobada⁷⁶.

Comprobamos que en los anexos de los formularios en línea disponibles en el Portal Europeo de e-Justicia⁷⁷ se han introducido las rúbricas específicas por país (parte no normalizada), que en relación con la información sobre la persona nacida (anexo I), en la versión española–inglesa, se prevé la rúbrica 4.7 en que figuran los “datos del progenitor A” – “*details of parent A*” y en la rúbrica 4.8 “datos del progenitor B” – “*details of parent B*”. Adviértase, que no requiere el sexo del progenitor, ni del A ni del B, aunque sí otros tantos datos de éstos (v.gr., lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, domicilio). Mientras que la versión francesa–inglesa, en la rúbrica 4.2.1 es “*nom/s du père (de la mère)*” – “*father’s (mother’s) surname/s*” y en la rúbrica 4.2.2 es “*nom/s de la mère (du père)*” – “*mother’s (father’s) surname/s*”, entre los datos tampoco se exige el sexo, aunque se sobreentiende que viene determinado por el título de la rúbrica que se advierte con doble posibilidad. En la versión italiana–inglesa, solo se requiere el nombre de los progenitores, en dos rúbricas, 4.4.2 “*Nome e cognome madre*” – “*First name and surname of mother*” y rúbrica 4.4.3 “*Nome e cognome padre*” – “*First name and surname of father*”⁷⁸.

Con estos ejemplos que se confrontan, resulta evidente que no existe problema de traducción de los términos, sino que los problemas que surgen son jurídicos, de

⁷⁵ Desajustes que van más allá de los admisibles, como sería el orden distinto de la información, la diferencia de rúbricas incluidas, o dejar en blanco determinadas rúbricas.

⁷⁶ Para algunos estados miembros no había problema por substituir “padre” y “madre” por “progenitor”, mientras que para otros Estados miembros esta solución no era aceptable, además de contraria a su orden público. M. Font i Mas, “La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 1, p. 122.

⁷⁷ [https://e-justice.europa.eu/35981/ES/public_documents_forms].

⁷⁸ En la comunicación italiana de los documentos públicos que aceptan en aplicación del Reglamento 2016/1191 (art. 24.1º.b), en lo referente a “filiación” especifica que se admite el extracto del certificado de nacimiento con indicación de la “paternidad y la maternidad”; aunque en la lista de los documentos publicados a los que pueden adjuntarse impresos estándar multilingües como ayuda a la traducción (art. 24.1º.c) dispone que se acepta el certificado de nacimiento como documento público al que se acompañará el formulario estándar multilingüe del anexo I, sobre nacimiento.

equivalencia del significado de la relación jurídica implícita en las rúbricas propias que atienden a las políticas legislativas de cada Estado miembro. Así, por ejemplo, el documento de nacimiento expedido por una autoridad española que deba aportarse ante autoridad italiana no tendrá que aportar apostilla y puede acompañarse del impreso estándar multilingüe que efectivamente ayudará a la comprensión lingüística de la autoridad italiana; en virtud de ello no requerirá traducción jurada porque los términos están traducidos y son comprensibles. No obstante, dicho impreso multilingüe no resultará, *a priori*, “útil” porque el funcionario del registro civil italiano no encontrará en qué casillas inscribir el progenitor A y B, cuando en su libro de registro las casillas tienen por título padre y madre. Es decir, no hay una equivalencia en la relación jurídica contenida en el documento, y al no tener valor jurídico autónomo el impreso estándar multilingüe (art. 8), y no poder reconocerse en virtud del Reglamento el documento que acompaña (art. 2.4º), será el responsable del registro quien decidirá no inscribir en virtud del orden público italiano en aplicación de las normas de Derecho internacional privado internas, o bien, sí efectuar la inscripción tal y como ya ha sucedido⁷⁹.

También las Conclusiones de la Abogada General Kokott⁸⁰ mencionan el Reglamento 2016/1191, en cuanto éste excluye la obligación de reconocer la filiación establecida en un documento público expedido por otro Estado miembro (Fdo. 106). Sin embargo, la decisión del Tribunal de Luxemburgo, a modo de síntesis⁸¹, obliga, por un lado, a Bulgaria a expedir un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales. Es decir, no obliga a modificar el registro civil búlgaro. La Abogada General así lo recuerda en el fundamento 75 “(...). Debido a estas divergencias, el Reglamento n. 2016/1191 por el que se simplifican los requisitos de presentación de determinados documentos que acreditan, entre otros, el nacimiento, el matrimonio, el divorcio y la filiación reitera en diversas ocasiones que no modifica el Derecho material en este ámbito ni las obligaciones de reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de dicho documento.” Por otro lado, sí que obliga el TJUE “a reconocer, al igual que

⁷⁹ B. Pasa, “Legal Translation Within the EU and the Shift of National Legal Paradigms”, A. Janssen and H. Schulte-Nölke (eds) *Researches in European Private Law and Beyond: Contributions in Honour of Reiner Schulze*, 2020, pp. 211–215.

⁸⁰ Sra. Juliane Kokott, de 15 abril 2021 (C–490/20).

⁸¹ La sentencia requiere un estudio pormenorizado de los efectos de esta, que ya se está realizando entre la doctrina iusinternacionalprivatista europea. Vid. los primeros comentarios críticos de la doctrina española: S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley UE*, n. 102, 2022; C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de 14 diciembre 2021, asunto C–490/20, *Pancharevo*”, *REEI*, n.º 43, 2022, pp. 8–13. De especial relevancia en este ámbito y relacionado con el asunto *Pancharevo*, aunque con importantes diferencias por el supuesto concreto, es la sentencia *Coman* del TJUE de 5 junio 2018, asunto C–673/16. Por todos, vid. D. Marín Consarnau, “Family Members as Beneficiaries of EU Law and Coherence: from Freedom of Movement of Persons to Private International Law”, J.J. Forner Delaguna, A. Santos (eds), *Coherence of the Scope of Application EU Private International Legal Instruments*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Schulthess Médias Juridiques SA, 2020, pp. 93–120.

cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Es decir, sí se reconoce la doble maternidad que consta en un certificado de nacimiento de otro Estado miembro de la Unión, pero solo a los efectos de la libre circulación de personas, no al estatuto civil. En ámbito más amplio de reconocimiento de las situaciones familiares en la UE, R. Arenas García indica que las normas del Derecho de la UE sobre libre circulación de personas tienen preferencia sobre el sistema de DIPr doméstico, pero ello debe operar solo cuando la norma supranacional tenga efectivamente primacía. Estas normas de derecho de la Unión son más rigurosas (comparadas con la doctrina del TEDH) porque “cuando opera la libre circulación de personas sí que es relevante que la situación se haya creado de acuerdo con lo establecido en el Derecho de un estado que participa en el proceso de integración”⁸². Así, el certificado de nacimiento de otro Estado miembro de un ciudadano de la Unión tiene ciertos efectos jurídicos, en concreto los derivados de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión (art. 21.2º TFUE). Por distintos motivos la sentencia del TJUE admite el reconocimiento y efectos del documento público (reconocimiento de una doble maternidad) de otro Estado miembro limitado a efectos únicamente de la libre circulación de personas, para ello, es fundamental que la solicitante sea ciudadana de la Unión y la afectada también⁸³. Sin embargo, con esta sentencia, siguiendo a C. González Beilfuss, subsiste la incertidumbre y la necesidad de buscar cauces que favorezcan la continuidad del estado civil en el espacio, porque si bien la sentencia implica un avance del método de reconocimiento, es ajeno al Derecho internacional privado⁸⁴.

⁸² R. Arenas García, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, M.V. Cuartero Rubio, J.M. Velasco Retamosa (dirs.), *La vida familiar internacional en una europea compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 76.

⁸³ En este punto, no podemos dejar de plantearnos en relación a la base jurídica del Reglamento 2016/1191 (art. 21.2º TFUE) y el ámbito de aplicación material (vid. art. 2, 7), que si bien se aplica con independencia de la nacionalidad del solicitante que después aporta el documento ante las autoridades de otro Estado miembro (con las excepciones del art. 2); el razonamiento del TJUE en el caso *Pancharevo* sí se tiene en cuenta la nacionalidad de los interesados y hechos que figuran en los documentos para otorgar ciertos efectos al documento derivados de la libre circulación de la ciudadanía de la Unión. En una hipotética modificación del Reglamento 2016/1191 si se introdujera el reconocimiento del contenido del documento [como preveía el Libro Verde (2010) “Menos trámites para los ciudadanos (...) op. cit.], entonces, entendemos que tendría que distinguirse, en su ámbito material de aplicación, si fuesen documentos de nacionales de Estados miembros de los documentos que se emitiría a solicitud de personas interesadas (con derecho a obtener el documento) que no fuesen ciudadanas de la Unión. En la práctica, existen ordenamientos jurídicos que distinguen la emisión de determinados documentos según el origen (nacional o no) y si tiene residencia o no el solicitante. A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa. Descartamos, pero que se introduzca el reconocimiento en las posibles modificaciones del Reglamento 2016/1191, como indicamos posteriormente.

⁸⁴ C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de 14 diciembre 2021, asunto c-490/20, *Pancharevo*”, *REEI*, nº 43, 2022, pp. 8-13. La sentencia *Pancharevo* parece introducir una “posesión de estado” de ciudadanía europea fundamentada en la libertad de circulación del art. 21 TFUE. La atribución de la

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

En ámbito de los documentos públicos en la esfera personal existe una “discriminación sutil indirecta” como señala P. Diago Diago⁸⁵ entre los ciudadanos de la Unión europea que no tienen que legalizar los documentos por no estar inmersos en situaciones transfronterizas, y los ciudadanos que sí se encuentran inmersos en ellas de suerte que deben legalizar o realizar trámites análogos, incluida la traducción, de los documentos emitidos por una autoridad de un Estado miembro que se presentan ante la autoridad de otro Estado miembro. El Reglamento 2016/1191, a pesar del tímido resultado en su aplicación en el panorama comparado de la Unión⁸⁶, resuelve la circulación de algunos documentos públicos en cuanto a *instrumentum*, reduciendo parcialmente la discriminación sutil indirecta. Persiste, no obstante, la discriminación, teniendo en cuenta que hay ciudadanos de determinados Estados miembros que utilizan los Convenios CIEC por ser más eficientes como se ha esgrimido en el presente trabajo, y que no se aplican a otros tantos Estados miembros de la UE dado que no existe ni un solo convenio CIEC en el que sean parte todos los Estados miembros de la UE⁸⁷. Además, la regulación en el Reglamento 2016/1191

nacionalidad búlgara de la hija es cuestión controvertida, que plantea las Conclusiones de la AG, pero que el TJUE presupone. Interesante el planteamiento que propone S. Álvarez González de que la emisión del documento tendría que ser para la hija, si es quien debe gozar de la libre circulación y no para las madres. S. Álvarez González, “La Justicia europea no...”, *loc. cit.*, p. 7. Esta idea se está reproduciendo en los foros más recientes, a partir del discurso sobre el estado de la Unión de la presidenta Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo (16/12/2020) en el que afirmó: “Si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países”, que concuerda con la propuesta legislativa “Regulation on the recognition of parenthood between Member States” (2022). Críticamente se plantea respecto la propuesta que el reconocimiento tendría que ser desde la perspectiva de la filiación. Así en varias intervenciones en el foro: 33e *Journée de droit international privé* “Family status, Identities and Private International Law”, Institut Suisse de Droit Comparé, mayo 2022; destacamos el estudio de I. Petrelli, “Filiation between Law, Language, and Society”, (May 5, 2022), SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=4101805>].

⁸⁵ P. Diago Diago, “La circulación de documentos públicos...”, *loc. cit.*, p. 124.

⁸⁶ A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa.

⁸⁷ Una posibilidad que se ha planteado entre la doctrina sería que la UE podría ser miembro de la CIEC, y firmar el Convenio 34 “Convention (nº 34) relative à la délivrance d’extraits et de certificats plurilingues et codés d’actes de l’état civil” de 14 marzo 2014, que prevé en su art. 5 la fuerza probatoria de los extractos y certificados de conformidad con las normas de derecho interno del Estado de emisión. *Final Conference* “Identities of the move. Documents Cross Border”, 23–24 junio, Italia. Ello, no obstante, lo vemos poco probable de forma inmediata, porque de tener que aplicar un convenio por remisión sería preferente uno de la Conferencia de La Haya, que parece ser se está planteando abordar un instrumento internacional sobre el reconocimiento de la paternidad, con un protocolo adicional sobre acuerdos internacionales de subrogación, aunque aún está en fase de negociación. C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas...”, *loc. cit.*, p. 13. Por otro lado, existe la propuesta “Regulation on the recognition of parenthood between Member States” (2022). Adviértase, empero, que las dos últimas propuestas son mucho más limitadas en cuanto ámbito material, que la del convenio 34 de la CIEC que se refiere a los hechos del estado civil siguientes: “(...) la naissance, la reconnaissance d’un enfant, le mariage, le partenariat enregistré ou le décès. 2. Elle s’applique également à la délivrance d’un

sobre el orden de aplicación de la diversidad de instrumentos relativos a superar las barreras de autenticidad y traducción de los documentos públicos coadyuva a aumentar la fragmentación respecto la cantidad de instrumentos posiblemente aplicables dependiendo del volumen de regulación prevista en cada Estado miembro. No es nada desdeñable que, junto al motivo de desconfianza de no acompañar el documento público de un timbre o legalización tanto para la emisión como para la recepción (en detrimento del principio de confianza mutua europeo), la otra causa de la poca aplicación del Reglamento 2016/1191 sea su desconocimiento y la dificultad en determinar su aplicabilidad. En territorio español hemos comprobado que dicho desconocimiento propicia que los tribunales españoles estén realizando a través de sus resoluciones una labor pedagógica sobre la correcta aplicación del Reglamento 2016/1191 y la relación de éste con los otros instrumentos que coexisten en el ordenamiento español⁸⁸.

Otra limitación que se ha destacado del Reglamento 2016/1191 es la no regulación de los efectos de una situación jurídica vinculada al estado civil originada en un Estado miembro que consta en un documento público y que se invoca en otro Estado miembro distinto. En el asunto *Pancharevo* (y en el asunto *Rzecznik Praw Obywatelskich C-2/21*)⁸⁹ hemos podido comprobar que el reconocimiento que el TJUE impone es a efectos de la libre circulación de personas, subsistiendo el problema de dar continuidad a las relaciones jurídicas de familia constituidas en seno intraeuropeo. No se prevé recuperar en próximas revisiones del Reglamento 2016/1191 el reconocimiento de pleno derecho ni tampoco recuperar la idea de un estatuto civil europeo. El objetivo de dar continuidad el estatuto civil en ámbito transfronterizo de la UE se ha trasladado, en parte, solo a efectos de parentalidad o filiación, a la propuesta de “Regulation on the recognition of parenthood between Member States” (2022)⁹⁰, que tendrá su fundamento en la libre circulación del TFUE, y también en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y directivas europeas, siguiendo los argumentos de la doctrina del TJUE⁹¹, aunque esperemos que utilice

certificat plurilingue et codé attestant l'enregistrement d'un partenariat par une autorité publique autre qu'un officier d'état civil” (art. 2).

⁸⁸ En ámbito de extranjería en España, resulta difícil ordenar de forma clara todos los instrumentos normativos sobre autenticidad de los documentos públicos que coexisten y explicar cuando se aplica uno u otro, o la posibilidad de escoger, en determinadas ocasiones cuál aplicar, teniendo en cuenta la entidad de emisión, el hecho que contempla el documento, el país de destino. Asimismo, no es tarea fácil ser la administración de recepción de los documentos públicos extranjeros y manejar tal ingente número de instrumentos normativos. M. Font i Mas, “Documentos extranjeros en...”, *loc. cit.*, pp. 377–409.

⁸⁹ ATJ 24 junio 2022, asunto C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502). Al cierre del presente estudio se publica el auto del TJUE *Rzecznik Praw Obywatelskich* (2022) que no se aparta de los argumentos y la decisión del Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Pancharevo* (2021).

⁹⁰ [<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-recognition-of-parenthood-between-member-states>]

⁹¹ Esta línea de argumentación y vinculación con la doctrina del TJUE también se contempla en el Reglamento 2016/1191 (Cdo 56), y se insiste en las explicaciones del Reglamento 2016/1191 en el Portal Europeo de e-Justicia, en que se expresa claramente que el reconocimiento de los efectos jurídicos de un documento público sigue estando regulado por la legislación nacional del país de la UE en el que el ciudadano presenta el documento. No obstante, al aplicar su legislación nacional, los países

las técnicas propias de derecho internacional privado para regular el reconocimiento mutuo de las relaciones familiares, teniendo en cuenta que la base jurídica es el art. 81.3ºTFUE (derecho de familia con repercusión transfronteriza)⁹².

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 102, 2022.
- Anderson, M. y Font-Mas, M.: “The Evidentiary Effects of Authentic Acts in Spain: National Report”, P. Beaumont, J. Fitchen, J. Holliday, “The Evidentiary Effects of Authentic Acts in the Member States of the European Union, in the Context of Successions.” Study for the JURI Committee. European Parliament, European Union, 2016 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL_STU%282016%29556935_EN.pdf].
- Arenas García, R.: “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, M.V. Cuartero Rubio, J.M. Velasco Retamosa (dirs.), *La vida familiar internacional en una europea compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47–79.
- Bernasconi, Ch.: “The electronic apostille program (e-APP): bringing the apostille convention into the electronic era”, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 199–212.
- Bolás Alfonso, J., Lora Tamayo Rodríguez, I. y Sagardía Navarro, M.: “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 367–495.
- Borrás Rodríguez, A.: “De la exigencia de la legalización a la libre circulación de documentos”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios*

de la UE deben respetar el Derecho de la Unión, incluida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la libre circulación de los ciudadanos dentro de la Unión Europea. [https://e-justice.europa.eu/551/EN/public_documents?init=true].

⁹² En el Libro Verde (2010) “Menos trámites para los ciudadanos (...) *op. cit.*, que cita esta nueva propuesta, planteaba la posibilidad de reconocimiento de pleno derecho, sin armonización de las normas existentes y permitiendo la subsistencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros (confianza recíproca); y también preveía la posibilidad del reconocimiento basado en la armonización de las normas de conflictos de ley, utilizando uno o varios puntos de conexión, introduciendo la autonomía de voluntad sin que ello supusiera perjuicio a terceros o atentare contra el orden público, resultando normas previsibles. Por su parte, atendiendo a los razonamientos de R. Arenas, después de un análisis exhaustivo del reconocimiento de las situaciones familiares en la UE, se aboga por método de reconocimiento desplazando al conflictual. No porque este último carezca de sentido, sino porque no es adecuado a partir de las exigencias del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y del Derecho de la UE, de suerte que los sistemas de DIPr autónomos deberían alienarse a las exigencias internacionales. R. Arenas García, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, *La vida familiar internacional ...*, *op. cit.*, pp. 50, 73, 77, 79. Por su lado, C. González Beilfuss, plantea con razón, las dificultades de un método de reconocimiento, a pesar de su presunta simplicidad, de una materia tan compleja y delicada, política, social y éticamente. C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas...”, *loc. cit.*, p. 12–13.

- sobre las características y efectos del documento público, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27–46.
- Callé, P.: “L’acte authentique établi a l’étranger. Validité et exécution en France”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, n. 3, pp. 385–386.
- Cardaci, G y Schuster, A.: *La circolazione dei documenti pubblici nell’Unione europea. Manuale pratico sul regolamento (UE) 2016/1191*, Europäischer Verband der Standesbeamtinnen und Standesbeamten, *en prensa*. Borrador de la obra cedida por los autores.
- Diago Diago, P.: “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1999*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 81–132.
- Font i Mas, M.: “Documentos extranjeros en los procedimientos de extranjería”, C. Parra Rodríguez; M. Giménez Bachmann, D. Marín Consarnau, *Nacionalidad y extranjería*, Barcelona, Huygens Editorial, 2021, pp. 377–409.
- Font i Mas, M.: “Els documents públics amb força executiva a l’espai judicial europeu”, C. Parra (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Barcelona, Bosch ed., 2012, pp. 216–239.
- Font i Mas, M.: “La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de Reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE”, M. Font-Mas (Dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch ed. 2014, pp. 76–82.
- Font i Mas, M.: “La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 1, pp. 104–125.
- Font-Mas, M.: “Commentary articles 7, 9, 10, 11, 12”, A. Schuster (ed), *EU Regulation 2016/1191 on public documents. Article-by-Article Commentary*, *en prensa*.
- Font-Mas, M.: “El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos: el Reglamento (UE) 2016/1191”, D. Marín Consarnau (Dir.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía, Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid. Marcial Pons, 2021, pp. 189–210.
- González Beilfuss, C.: “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 diciembre 2021, asunto c–490/20, *Pancharevo*”, *REEI*, nº 43, 2022, pp. 8–13.
- Guzmán Zapater, M., “La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 41, 2017, pp. 161–179.
- Guzmán Zapater, M.: “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público* (M. Font Mas, dir.), Barcelona, Bosch, 2014, pp. 85–122.
- Jiménez Blanco, P.: “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 431–473.
- Marín Consarnau, D.: “Family Members as Beneficiaries of EU Law and Coherence: from Freedom of Movement of Persons to Private International Law”, J.J. Forner Delaygua, A. Santos (eds), *Coherence of the Scope of Application EU Private International Legal Instruments*,

- Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Schulthess Médias Juridiques SA, 2020, pp. 93–120.
- Nord, N.: “La circulation des actes de l’état civil au sein de l’Union européenne”, M.V. Cuartero Rubio, J.M. Velasco Retamosa (Dirs.), *La vida familiar internacional en una europea compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81–100.
- Pasa, B.: “La Propuesta de Reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ en la Unión Europea y el notariado latino”, M. Font Mas (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 151–182.
- Pasa, B.: “Legal Translation Within the EU and the Shift of National Legal Paradigms”, A. Janssen and H. Schulte–Nölke (eds) *Researches in European Private Law and Beyond: Contributions in Honour of Reiner Schulze’s*, 2020, pp. 211–215.
- Petrelli, I.: “Filiation between Law, Language, and Society” (May 5, 2022), SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=4101805>].
- Schuster, A. (ed): *EU Regulation 2016/1191 on public documents. Article-by-Article Commentary*, en prensa. Borrador de la obra cedida por el editor.
- Schuster, A. (ed): *EU Regulation 2016/1191 on public documents. A Comparative Survey*, en prensa. Borrador de la obra cedida por el editor.
- Vettorel, A.: “EU Regulation 2016/1191 and the circulation of public documents between EU member states and third countries”, *CDT*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 342–351.
- Zanobetti, A.: “La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019–3, pp. 20–35.

Recibido: 22 julio 2022
Aceptado: 9 septiembre 2022

Compatibilidad del futuro régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial con las normas de Derecho internacional privado en los accidentes de tráfico transfronterizos causados por vehículos automatizados

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Inteligencia artificial, vehículos automatizados y responsabilidad extracontractual. 1. Marco jurídico aplicable: A) En el ámbito internacional; B) En el ámbito institucional; C) En el ámbito interno. III. Sistemas de IA, conducción automatizada y normas de Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional: A) Reglamento Bruselas I bis. 2. Ley aplicable. A) Reglamento Roma II; B) Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera; C) El Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos Defectuosos. IV. Iniciativas de la UE sobre los regímenes de responsabilidad civil en materia de IA. 1. Actualización del marco normativo actual. 2. Propuesta de Reglamento para armonizar las legislaciones en materia de IA. 3. 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 IA. 4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA: A) Objeto de la Propuesta de Reglamento; B) Operadores de sistemas de IA; C) Previsión de diferentes regímenes de responsabilidad; D) Imputabilidad de responsabilidad: negligencia concurrente y responsabilidad solidaria. V. Compatibilidad del régimen de responsabilidad en materia de IA previsto en la Propuesta de Reglamento con las normas de DIPr. 1. Ámbito de aplicación territorial como norma de conflicto unilateral. 2. Interacción con el Reglamento Bruselas I bis, el Reglamento Roma II y los Convenios de La Haya. VI. A modo de conclusión

RESUMEN: Con la introducción de los vehículos automatizados, vamos a asistir a una disminución gradual de la responsabilidad de los conductores implicados en siniestros de carácter transfronterizo frente a la de los fabricantes y los operadores de sistemas de Inteligencia Artificial instalados en estos vehículos. Se produce, así, un cambio de paradigma, del régimen basado en la responsabilidad por la culpa o negligencia del conductor al de responsabilidad objetiva por fallo del vehículo, que va a afectar de manera directa a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado al objeto de determinar la ley aplicable en casos de responsabilidad extracontractual. En este trabajo, se analizan las iniciativas legislativas de la UE en materia de IA y de responsabilidad civil y su compatibilidad con las normas de Derecho internacional privado aplicables a la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tráfico transfronterizos.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Alicante.

PALABRAS CLAVE: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, NORMAS DE CONFLICTO.

Compatibility of the future civil liability regime for artificial intelligence with the rules of Private international law in cross-border road traffic accidents caused by automated vehicles

Abstract: The introduction of automated vehicles will contribute to the gradual decrease in the driver's liability involved in cross-border traffic accidents, versus that of producers and operators of Artificial Intelligence systems installed in these vehicles. Thus, there is a paradigm shift, from the regime of fault-based liability of the driver to that of the strict liability for product defects, which will directly affect the application of the rules of Private international law in order to determine the applicable law in cases of tort liability. This paper analyses the EU legislative initiatives on AI and civil liability and its compatibility with the rules of private international law applicable to tort liability arising from cross-border road traffic accidents.

KEYWORD: ARTIFICIAL INTELLIGENCE – AUTOMATED VEHICLES – TORT LIABILITY – CONFLICT OF LAW RULES.

I. INTRODUCCIÓN

Un claro ejemplo de los efectos positivos que los sistemas de IA pueden tener en nuestras vidas lo constituye su aplicación al sector de los vehículos de motor, lo que los convertirá en máquinas o robots controladas por esta tecnología y diseñadas para desarrollar la función de la conducción de manera automatizada. Los grandes fabricantes de automóviles –Audi, BMW, Ford, GM, Honda, Mercedes, Nissan, Tesla, Toyota, Volkswagen y Volvo– llevan ya tiempo trabajando en este proyecto junto a las compañías más importantes de desarrollo de software como Google o Apple.

Sin lugar a dudas, la introducción de este tipo de vehículos, que representa un claro exponente del denominado Internet de las cosas, va a incrementar la seguridad, eficiencia y movilidad de las personas y contribuirá de manera muy positiva al descenso de los accidentes de tráfico¹, mitigando el número de víctimas y de daños materiales que cada año generan estas colisiones y que, en la mayoría de las ocasiones, se atribuyen a fallos o errores humanos con origen en el estado emocional o físico del conductor o a su negligencia –distracciones,

¹ De acuerdo con un estudio elaborado por la consultora KPMG, para el año 2040, la tecnología en los vehículos autónomos puede llegar a reducir los accidentes hasta en un 80%. Vid., “Market place of change: Automobile insurance in the era of Autonomous Vehicles”, White Paper, Octubre 2015, p. 26, disponible en [<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/id-market-place-of-change-auto-mobile-insurance-in-the-era-of-autonomous-vehicles.pdf>].

efectos de las drogas o el alcohol, somnolencia, velocidad indebida, uso del teléfono móvil... –².

Ahora bien, este nuevo escenario también plantea desafíos importantes en el plano jurídico, tanto en el ámbito regulatorio cuanto en el de la responsabilidad, la privacidad o la propiedad intelectual, sin olvidar las cuestiones éticas o morales. Así, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de los conductores que se vean involucrados en un accidente de tráfico transfronterizo, habrá que distinguir dependiendo del papel que desempeñen en la conducción. En primer lugar, en aquellos supuestos en los que la IA y la actuación humana interactúen operando de forma simultánea, es decir, donde el nivel de automatización no es total, sino que la persona sigue siendo responsable de la supervisión del vehículo y está obligada a tomar su control en el momento en que así lo requiera el software.

En segundo lugar, cuando la conducción sea totalmente autónoma y el ocupante (ya no conductor) no desempeñe ningún rol activo ni pueda ejercer control alguno sobre el vehículo, será cuestionable atribuirle cierta responsabilidad sobre un posible accidente causado por el vehículo que ocupa; al contrario, quedaría exento de ella pues ya no será responsable de ningún tipo de culpa o negligencia

II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. Marco jurídico aplicable

La problemática jurídica que puede plantear la conducción automatizada está directamente relacionada no solo con su falta de regulación específica sino, igualmente, con la disfunción que plantean algunas de las normas actualmente en vigor y su dificultad para adaptarlas a la nueva realidad generada por la aplicación de los sistemas de IA a esta actividad, por lo que, sin duda alguna, se requiere una actualización de estas normas y la adopción de nuevos instrumentos normativos que den una respuesta adecuada a estos problemas.

² Según los datos facilitados por la World Health Organization en junio de 2021, cada año fallecen aproximadamente 1,3 millones de personas como consecuencia de accidentes de tráfico. Además del drama humano que ello representa, estos siniestros cuestan a la mayoría de los países el 3% de su producto interno bruto, *Vid.* [<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries>].

A) En el ámbito internacional

Una cuestión básica que ha de plantearse es si resulta compatible con la normativa actualmente en vigor la circulación por carretera de vehículos sin conductor, únicamente con ocupantes. Cuestión que nos remite al ámbito convencional donde existen dos instrumentos que han sido ampliamente ratificados por los Estados y que van a requerir su adaptación a esta nueva situación, pues en ambos se exige la presencia de un conductor que controle el vehículo y, por el momento en que fueron adoptados, no contemplan la posible sustitución del factor humano por un sistema de IA.

Estos instrumentos son: la Convención de Ginebra de 1949 sobre la circulación por carretera³ que establece: “Todo vehículo o combinación de vehículos enganchados deberá llevar un conductor”⁴; y la Convención de Viena de 1968 sobre la Circulación vial⁵ que, en el mismo sentido, dispone: “Todo vehículo en movimiento o todo conjunto de vehículos en movimiento deberá tener un conductor”⁶.

Por lo tanto, ambos Convenios incluyen el requisito de la presencia de un conductor, entendiendo por tal “... toda persona que conduzca un vehículo... o que tenga a su cargo el control efectivo de los mismos”⁷; o “... toda persona que conduzca un vehículo, automóvil o de otro tipo ...”⁸; y, además, que el conductor esté siempre en situación de controlar o tener el dominio de su vehículo⁹.

Por el contenido de los mencionados Convenios internacionales, y los requisitos que caracterizan la conducción humana tal y como en los mismos se establece, parece evidente que no puede incluirse en su ámbito de aplicación la conducción autónoma o la presencia de un *artificial driver*¹⁰. Tal vez podrían seguir aplicándose en aquellos supuestos en los que el conductor sigue

³ La Convención de Ginebra de 19 de septiembre de 1949 sobre la circulación por carretera (en adelante, la Convención de Ginebra de 1949), ha sido ratificada por más de 90 Estados, entre ellos, España. [https://unece.org/DAM/trans/conventn/Convention_on_Road_Traffic_of_1949.pdf].

⁴ *Ibid.*, art. 8.1º.

⁵ La Convención de Viena de 8 de noviembre de 1968 sobre la circulación vial (en adelante, la Convención de Viena de 1968) ha sido ratificada por más de 70 Estados. España, lo ha firmado, pero no lo ha ratificado [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1977/05/19770524%2000-13%20AM/Ch_XI_B_19.pdf].

⁶ *Ibid.*, art. 8.1º.

⁷ Art. 4.1º Convención de Ginebra de 1949.

⁸ Art. 1º.v) Convención de Viena de 1968.

⁹ Art. 8.5º Convención de Ginebra de 1949; arts. 8.5º y 13 Convención de Viena de 1968

¹⁰ A. Von Ungern-Sternberg, “Autonomous Driving: Regulatory Challenges Raised by Artificial Decision-Making and Tragic Choices”, en W. Barfield y U. Pagallo (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 261–262 [<https://ssrn.com/abstract=3049653>].

manteniendo el control, o cierto control, del vehículo parcialmente automatizado, pero no en aquellos casos en los que la tecnología del vehículo se encuadre en el nivel 5 donde la conducción es totalmente autónoma. Consecuentemente, no sería posible la circulación de estos últimos en los países que han ratificado cualesquiera de los dos Convenios. En el caso de España, aun cuando no ha ratificado la Convención de Viena de 1968, si se encuentra obligada por el Convenio de Ginebra de 1949.

¿Significa esto que habría que proceder a la modificación de estos dos Convenios para adaptarlos a la conducción automatizada? Es cierto que la obligatoriedad de la figura del conductor y la definición que contienen de la misma constituyen un hándicap a la hora de seguir aplicando estos textos internacionales a la conducción de este tipo de vehículos, por lo que sería deseable su modificación con el fin de dar cabida a la conducción automatizada¹¹. Empero, ello no será tarea fácil y la cuestión se complica aún más teniendo en cuenta que en el futuro podrán coexistir en las carreteras los vehículos tradicionales con los vehículos totalmente autónomos y con aquellos que únicamente hayan alcanzado un grado de automatización parcial (semiautónomos) y combinan el uso de la tecnología y la IA con la intervención humana.

Pues bien, a pesar de las modificaciones introducidas en los últimos años, como la efectuada en el año 2016 en la Convención de Viena de 1968 con el fin de incorporar una disposición relativa a los vehículos autónomos y permitir los sistemas de control automatizado siempre que el conductor pueda desactivar o anular la automatización¹², el debate acerca de la obligatoriedad de la presencia de un conductor en el vehículo todavía está ahí.

Con el fin de aportar una solución, se podría tomar como referencia la interpretación del concepto de “conductor” propuesta en el Derecho norteamericano, en el sentido de que (*driver*) no necesariamente ha de significar

¹¹ N. E. Vellinga, “Automated driving and its challenges to international traffic law: which way to go?”, *Law, Innovation and Technology*, vol. 11, n° 2, 2019, p. 264 [https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/100682397/Automated_driving_and_its_challenges_to_international_traffic_law_high_way_to_go.pdf].

¹² El art. 5 bis por el que se modifica el art. 8 Convención de Viena de 1968, reza así: “*Vehicle systems which influence the way vehicles are driven shall be deemed to be in conformity with paragraph 5 of this Article and with paragraph 1 of Article 13, when they are in conformity with the conditions of construction, fitting and utilization according to international legal instruments concerning wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted and/or be used on wheeled vehicles. Vehicle systems which influence the way vehicles are driven and are not in conformity with the aforementioned conditions of construction, fitting and utilization, shall be deemed to be in conformity with paragraph 5 of this Article and with paragraph 1 of Article 13, when such systems can be overridden or switched off by the driver.*”. Vid., UN Economic and Social Council, “Report of the sixty-eighth session of the Working Party on Road Traffic Safety”, 2014, en [<https://unece.org/DAM/trans/doc/2014/wp1/ECE-TRANS-WP1-145e.pdf>].

una persona humana, sino que también puede considerarse como tal al propio sistema automático instalado en el vehículo¹³. Aunque parece difícil hacer una interpretación laxa del término conductor con el fin de incluir en el mismo al sistema automatizado, teniendo en cuenta el uso específico del término “persona” (toda persona que conduzca un vehículo) que hacen tanto la Convención de Ginebra de 1949 cuanto la Convención de Viena de 1968.

En este sentido, atendiendo a las características especiales que presentan este tipo de vehículos, se podría ampliar el concepto de “personas”, incluyendo en el mismo tanto a personas físicas cuanto jurídicas. Y así, que los vehículos automatizados pudiesen tener encaje dentro de esta última categoría si se les pudiese atribuir personalidad jurídica¹⁴. Igualmente, el fabricante del vehículo o la empresa que programe el software podría encajar dentro del término “conductor”.

Sin embargo, considerando otros aspectos de los Convenios, como el relativo a que todo conductor de automóvil deberá tener un permiso para conducir¹⁵, o que debe poseer las cualidades físicas y psíquicas necesarias y hallarse en estado físico y mental de conducir¹⁶, parece evidente que el concepto de persona en el sentido de los Convenios ha de ser limitado al de persona humana (física), salvo que se plantee una modificación de estos textos más ambiciosa.

Otra opción sería que el concepto de conductor pudiese ampliarse al usuario de un vehículo autónomo –persona física– con independencia de cual fuese su rol en la conducción. Empero, tampoco podría obtener tal cualificación en el sentido de los Convenios internacionales porque, aun cuando pudiese indicar al sistema de IA cual es el destino del vehículo autónomo donde quiere dirigirse, no cumpliría ninguna de las condiciones que establecen estas normas –control y

¹³ La *National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)*, [<https://www.nhtsa.gov/>], ha interpretado el término *driver* en ese sentido, en una carta en la que interpretaba determinadas disposiciones de los *Federal Motor Vehicle Safety Standards (FMVSSs)* que se aplicaban al diseño descrito por Google para vehículos motorizados que se encontraban en proceso de desarrollo y prueba; disponible en [<https://search.nhtsa.gov/files/Google%2020compiled%20response%20to%2012%20Nov%00%2015%20interp%20request%20204%20Feb%2016%20final.htm>]; *vid.*, en el mismo sentido, B. W. Smith, “Automated vehicles are probably legal in the United States”, *Texas, A&M Law Review*, vol. 1, 2014, pp. 411, 434, 440 y 441 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303904].

¹⁴ *Vid.*, al respecto, N. Nevejans, “European Civil Law Rules in Robotics”, Study, Directorate – General for the internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and Constitutional affairs, Legal affairs, 2016 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf)]; N.E. Vellinga, “Legal Aspects of Automated Driving: On Drivers, Producers, and Public Authorities”, University of Groningen, 2020, pp. 66 a 68 [<https://doi.org/10.33612/diss.112916838>].

¹⁵ Art. 24 Convención de Ginebra de 1949 y art. 41 Convención de Viena de 1968.

¹⁶ Art. 8.3º Convención de Viena de 1968.

dirección del vehículo— e, incluso, podría tratarse de usuarios que no fuesen titulares de un permiso de conducir, tal y como está regulado actualmente¹⁷.

En definitiva, se impone una revisión de los mencionados Convenios internacionales, al menos, para hacerlos compatibles con la nueva realidad que supondrá la presencia de vehículos sin conductor en las carreteras.

B) En el ámbito institucional

En primer lugar, hay que referirse a la Directiva 2007/46, por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos¹⁸, legislación que puede ser adecuada para la comercialización de vehículos automatizados y conectados ya que regula cómo deben operar y diseñarse los vehículos nuevos con el fin de circular por las vías públicas.

Además, entre las iniciativas adoptadas en la Unión Europea que afectan al sector de la conducción automatizada cabe citar la Directiva 2010/40 por la que se establece el marco para la implantación de los STI¹⁹; a pesar de que esta norma permite a los Estados decidir acerca de la implantación de los STI en su territorio, lo que podría plantear problemas de movilidad ante la ausencia de una armonización plena en esta materia²⁰. Y la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de julio de 2010 “Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2011–2020”²¹.

Posteriormente, en la Declaración de Ámsterdam de 14 de abril de 2016, sobre la cooperación en el sector de la conducción conectada y automatizada, los Estados miembros instaron a la Comisión Europea a desarrollar una estrategia común en materia de conducción automatizada y conectada, lo que suponía la

¹⁷ N. E. Vellinga, “Automated driving and its challenges ...”, *loc. cit.*, pp. 262–264.

¹⁸ Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007 (versión consolidada) L 0046, de 31.03.2018, Vid. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02007L0046-20180331>].

¹⁹ Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 julio 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte Texto pertinente a efectos del EEE, (DO L 207 de 6.8.2010), que, en su Considerando tercero define los STI como “aplicaciones avanzadas que, sin incluir la inteligencia como tal, proporcionan servicios innovadores en relación con los diferentes modos de transporte y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor informados y hacer un uso más seguro, más coordinado y más inteligente de las redes de transporte”.

²⁰ *Ibid.*, art. 5 en relación al art. 6

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2011–2020, COM (2010) 389 final, de 20.07.2010 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0389>].

adaptación del marco normativo existente. A raíz de esta Declaración, la Comisión presentó una Comunicación, el 30 de noviembre de 2016 sobre una “Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada”²².

Otras iniciativas de la Comisión Europea con el fin de adoptar una estrategia común en el ámbito de la conducción autónoma son: la Comunicación Inteligencia artificial para Europa, que apoyará a los vehículos sin conductor²³ y la referida a la estrategia para la movilidad automatizada²⁴. Junto a ellas, la Resolución 2017/2067 del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2018, sobre una “Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos”²⁵; y el estudio del Servicio de Investigación del Parlamento Europeo, “*A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles*”²⁶.

Para concluir, hay que señalar las iniciativas que abordan las cuestiones relativas a la responsabilidad de los vehículos de motor y, en particular, de los vehículos automatizados –que serán objeto de estudio y análisis en el apartado relativo a la responsabilidad civil– y que, junto a la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos²⁷ y la Directiva 2009/103, relativa al seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles²⁸,

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada, COM (2016) 766 final, de 30.11.2016 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0766>].

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Inteligencia Artificial para Europa, COM (2018) 237, *cit*.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro, COM (2018) 283 final, de 17.05.2018 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0283>].

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, 13 marzo 2018, sobre una estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos (2017/2067(INI)) (DO C 162, de 10.05.2019)

²⁶ T. Evas, “A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles”, European Parliament, february 2018 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU\(2018\)615635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU(2018)615635_EN.pdf)].

²⁷ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 21 de 7.8.1985)

²⁸ Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 263 de 7.10.2009). Modificada por la Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 noviembre 2021 por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 430 de

han de regular los aspectos relacionados con la responsabilidad y la indemnización de las víctimas en los accidentes causados por los vehículos automatizados.

C) En el ámbito interno

En España serán de aplicación al ámbito de la conducción automatizada los Convenios internacionales de los que forma parte, en este caso, la Convención de Ginebra de 1949²⁹; así como las Directivas que afectan a esta materia, en particular, la Directiva 2009/103, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles y la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Respecto a las disposiciones nacionales, hay que señalar el RD 662/2012 por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte³⁰, normativa que incorpora en Derecho español la Directiva 2010/40.

De igual modo, el RD Leg. 6/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial³¹ que, obviamente, no aporta ninguna respuesta a la futura implantación de los vehículos automatizados, pues sus disposiciones se basan en el concepto tradicional del conductor a los mandos del vehículo³². Tampoco lo hace el RD 1428/2003 por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación³³, donde se dispone que “Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos o animales”³⁴.

Lo mismo sucede en materia de responsabilidad y seguros, pues tanto el RD Leg. 8/2004, texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en

2.12.2021). El contenido de esta Directiva ha de ser incorporado por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales a más tardar el 23 de diciembre de 2023.

²⁹ Convenio al que se adhirió España el 13 febrero 1958, con efectos a partir del 13 de mayo de 1958 (BOE 12.4.1958).

³⁰ RD 13 de abril (BOE 14.4.2012).

³¹ RD 30 de octubre (BOE 31.10.2015).

³² *Ibid.*, art. 10, Usuarios, conductores y titulares de vehículos, que en su ap. 3 establece que el titular tiene el deber de impedir que el vehículo “... sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente”. Por lo tanto, parte de la premisa de la existencia obligatoria de un conductor.

³³ RD 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el RD Leg. 339/1990, de 2 de marzo (BOE 23.12.2003).

³⁴ *Ibid.*, art. 17.1º.

la Circulación de Vehículos a Motor³⁵ —que incorpora en el ordenamiento jurídico interno las disposiciones de la Directiva 2009/103—, cuanto el RD 1507/2008 por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor³⁶, gravitan sobre el concepto de conductor y su responsabilidad en los accidentes de tráfico. Por su parte, el RD Leg. 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁷, en el que se incorporan las disposiciones de la Directiva 85/374, tendrá relevancia por el cambio de paradigma que se va a producir respecto a la responsabilidad en la conducción automatizada con el paso de la culpa o negligencia del conductor al defecto del vehículo.

En este punto, es interesante referirse a la Instrucción 15/V-113 de la Dirección General de Tráfico, Autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general³⁸, donde se define el vehículo autónomo como “Todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal”³⁹, así como la obligatoriedad de los propietarios de estos vehículos de asegurar el mismo hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio de vehículos a motor, así como la responsabilidad civil derivada de los posibles daños causados en las personas o los bienes con motivo de la circulación durante la realización de las pruebas en vías abiertas al tráfico en general⁴⁰.

Finalmente, cabe mencionar la modificación puntual del RD Leg. 6/2015 efectuada a través de la Ley 18/2021⁴¹. Esta Ley, que reconoce en su Preámbulo la necesidad de diseñar un futuro marco normativo que regule la circulación de

³⁵ RD Leg. de 29 de octubre (BOE 5.11.2004). Esta norma, en art. 1.1º dispone que “El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos...”.

³⁶ RD 12 de septiembre (BOE 13.09.2008) (en adelante, el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil).

³⁷ RD Leg. 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, (BOE 30.11.2007) (en adelante, TRLGDCE).

³⁸ [https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/galleries/downloads/muevete-con-seguridad/normas-de-trafico/VEH-vehiculos/Instruccion_16_V_117_Autorizaciones_especiales_conjuntos_euro_modular.pdf].

³⁹ *Ibid.*, apartado “Definiciones”

⁴⁰ *Ibid.*, Punto 1 Requisitos para obtener la autorización para la realización de pruebas en vehículos autónomos

⁴¹ Ley 18/2021, de 20 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el RD Leg. 6/2015, de 30 de octubre, en materia del permiso y licencia de conducción por puntos (BOE 21.12.2021), que entró en vigor el 20 marzo 2022.

los vehículos de conducción automatizada, ha añadido a la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial un artículo en el que se establece la obligación del titular de un sistema de conducción automatizado de comunicar al Registro de Vehículos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico las capacidades o funcionalidades del sistema de conducción automatizada, así como su dominio de diseño operativo⁴². Además, ha modificado otro artículo de la mencionada Ley referido al permiso de circulación de los vehículos con el fin de que se hagan constar en el permiso de circulación las características de los vehículos dotados de sistema de conducción automatizada⁴³.

Por último, el Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible⁴⁴ aborda este aspecto en diferentes partes de la norma aludiendo a las ventajas que presenta la conducción automatizada por carretera⁴⁵. Además, dedica el capítulo II a los vehículos automatizados, con el fin de establecer la actuación de las administraciones públicas para la regulación y promoción de la introducción progresiva de los vehículos automatizados en el sistema de transportes. Y facilitar las pruebas de este tipo de vehículos en vías públicas⁴⁶.

En cualquier caso, se trata de modificaciones a todas luces insuficientes a la vista de los cambios que se avecinan en los próximos años en este sector. Porque, a la luz de lo anteriormente expuesto considero que la legislación española actual no establece un marco jurídico adecuado para regular el funcionamiento de los vehículos automatizados por las carreteras españolas, al menos en sus niveles 4 y 5 que permiten la total autonomía del vehículo.

III. SISTEMAS DE IA, CONDUCCIÓN AUTOMATIZADA Y NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Competencia judicial internacional

En el nuevo escenario que plantea la aplicación de la IA a la conducción automatizada, se van a seguir planteando situaciones en las que el Estado del domicilio del infractor, el Estado donde tenga lugar el accidente y el Estado de registro o matriculación del vehículo sean diferentes, por lo que hay que analizar los instrumentos de Derecho internacional privado actualmente en vigor aplicables al régimen de responsabilidad civil extracontractual en materia de

⁴² Art. único, ap. 5 Ley 18/2021, que añade un art. 11 bis al RD Leg. 6/2015.

⁴³ Art. único, ap. 21 Ley 18/2021, por el que se modifica el art. 66.1º RD Leg. 6/2015.

⁴⁴ [https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/participacion-publica/apl_sostenible_info_publica.pdf].

⁴⁵ *Ibid.*, exposición de motivos, ap. X.

⁴⁶ *Ibid.*, arts. 80 a 83.

accidentes de tráfico transfronterizos. Por lo que respecta a la determinación de la jurisdicción internacional de los tribunales, hay que acudir al Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷,

Es cierto que este Reglamento no contienen normas específicas en materia de accidentes de tráfico transfronterizos, por lo que seguirá existiendo este mismo vacío respecto a la conducción automatizada. Pese a ello, se ha venido aplicando y funcionando relativamente bien hasta la fecha, tratando siempre de alcanzar un equilibrio entre las partes implicadas.

A) Reglamento Bruselas I bis

Por lo que respecta al Reglamento Bruselas I bis, hay que señalar en primer lugar que seguirá operando el foro del domicilio del demandado⁴⁸, cuando este se encuentre en el territorio de la Unión Europea, como tribunal competente en casos de demandas iniciadas contra el conductor, el propietario, el fabricante o la empresa que ha desarrollado el software del vehículo automatizado causante del siniestro. Con el fin de determinar el domicilio de una persona física el tribunal aplicará su ley interna⁴⁹, mientras que el domicilio de las personas jurídicas se considerará establecido en el lugar donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal⁵⁰.

De la misma forma, en determinadas circunstancias, también podrán declararse competentes los tribunales de otro Estado miembro distinto al del domicilio del demandado. Así, en el ámbito de las reclamaciones por siniestros causados por vehículos automatizados resulta de especial interés el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso ya que, en estos casos, se podría plantear la demanda ante los tribunales de ese Estado miembro⁵¹. Doble fórum –*locus damni* y *locus actus*–, o teoría de la ubicuidad, reconocida por el TJUE en su jurisprudencia, de tal forma que se podrá demandar ante los tribunales del Estado miembro donde se hubiese producido o pudiese producirse el hecho dañoso siempre que se trate del daño directo⁵². Además, cuando esa reclamación de responsabilidad derive de un acto que dé lugar a un

⁴⁷ Reglamento (UE) 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) (en adelante, el Reglamento Bruselas I bis).

⁴⁸ Art. 4 d Reglamento Bruselas I bis.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 62.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 63.

⁵¹ *Ibid.*, art. 7.2º.

⁵² *Vid.*, al respecto, las SS 30 noviembre 1976, asunto C-21/76, *Handelskwekerij Bier v Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; y de 11 enero 1990, asunto C-220/88, *Dumez France and Others v Hessische Landesbank and Others*, ECLI:EU:C:1990:8.

proceso penal, también será competente el tribunal que conozca sobre este proceso⁵³.

Además, no hay que olvidar las normas especiales que regulan la competencia en materia de seguros en el Reglamento Bruselas I bis. Porque, al igual que sucede en la actualidad, la obligación de aseguramiento de todo vehículo matriculado en la UE habrá de hacerse extensible a los vehículos automatizados.

Así, hay que distinguir cuando la reclamación la presente la compañía aseguradora contra el tomador, el asegurado o el beneficiario del seguro; en esos casos, los tribunales competentes serán los del domicilio del demandado en la Unión Europea⁵⁴. Sin embargo, cuando la demanda se plantee contra la compañía aseguradora (o coaseguradora) domiciliada en un Estado miembro, el Reglamento contempla diversos foros: en primer lugar, el domicilio del demandado⁵⁵; en segundo lugar, cuando se trate de seguros de responsabilidad, el asegurador podrá también ser demandado ante los tribunales del lugar en el que se haya producido el hecho dañoso⁵⁶; y, en tercer lugar, el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, también podrán presentar la demanda ante los tribunales del Estado miembro en los que tengan su domicilio (*forum actoris*)⁵⁷, ya que el Reglamento Bruselas I bis contempla la posibilidad de que la persona perjudicada pueda entablar la acción directa contra la compañía aseguradora, siempre que dicha acción sea posible⁵⁸.

En fin, el Reglamento también respeta la autonomía de la voluntad de las partes y permite que estas puedan elegir el tribunal competente (*prorrogatio fori*) siempre dentro de los límites y condiciones que establece el propio Reglamento y respetando los criterios establecidos en las normas específicas de jurisdicción antes señaladas⁵⁹.

2. Ley aplicable

Por lo que respecta a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, hay que referirse al Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las

⁵³ Art. 7.3º Reglamento Bruselas I bis .

⁵⁴ *Ibid.*, art. 14.1.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 11.1 a).

⁵⁶ *Ibid.*, art. 12. Este foro se corresponde con el previsto en el art. 7.2º del Reglamento

⁵⁷ *Ibid.*, art. 11.1º b).

⁵⁸ *Ibid.*, art. 13.2º en relación con los arts. 10, 11 y 12. *Vid.*, en este sentido, la doctrina del TJUE en materia de personas perjudicadas, en su STJ 13 diciembre 2007, asunto C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen*, ECLI:EU:C:2007:792.

⁵⁹ *Vid.*, arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis.

obligaciones extracontractuales⁶⁰, el Convenio de La Haya de 1971, sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera⁶¹ y el Convenio de La Haya de 1973, sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos⁶².

A pesar de la coexistencia y aplicación de estos instrumentos en las últimas décadas, ello no impide para que puedan analizarse y, en su caso, sugerir una posible actualización de este marco jurídico con el fin de dar respuesta a los problemas que puedan surgir al socaire del régimen de responsabilidad civil extracontractual que pueda plantearse en el futuro a raíz de la participación de vehículos automatizados en accidentes de tráfico transfronterizos.

A) Reglamento Roma II

El Reglamento Roma II establece normas uniformes con el fin de determinar la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, contribuyendo así a garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y favoreciendo que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del tribunal de la UE ante el que se haya planteado el litigio⁶³. Además, el carácter universal de este instrumento garantiza que la ley designada por el mismo sea aplicable aun cuando no se trate de la ley de un Estado miembro⁶⁴. Y, a su vez, la exclusión del reenvío facilita la previsibilidad de la ley aplicable y permite mitigar el recurso al *forum shopping*⁶⁵.

Por lo tanto, el Reglamento Roma II se aplicará para determinar la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los accidentes de tráfico transfronterizos y por los daños causados por productos defectuosos, si bien en estas materias no existe unificación de las normas de conflicto en la Unión Europea y el mencionado Reglamento coexiste con la aplicación de dos Convenios internacionales adoptados en el seno de la Conferencia de La Haya.

⁶⁰ Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199 de 31.07.2007) (en adelante, el Reglamento Roma II).

⁶¹ Convenio de 4 mayo 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=81>].

⁶² Convenio de 2 octubre 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, *Vid.* [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=84>].

⁶³ *Vid.* cdo. 6 Reglamento Roma II.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁵ El reenvío queda excluido en el art. 24 Reglamento Roma II.

a) Responsabilidad derivada de los accidentes
de tráfico transfronterizos

En el ámbito de los accidentes de tráfico transfronterizos, no será muy habitual que las partes hayan pactado la ley aplicable a dicha obligación, salvo que lo hagan con posterioridad al hecho generador del daño, es decir, el accidente⁶⁶ – esta norma tiene como finalidad la protección de la parte débil, en este caso, la víctima del accidente–; o que el acuerdo se hubiese negociado libremente antes del hecho generador del daño, para lo que se exige que las partes hubiesen desarrollado previamente o estuviesen desarrollando una actividad comercial⁶⁷. Y, en ambos casos, la elección podrá hacerse de manera expresa o resultar de modo implícito de las circunstancias del caso⁶⁸.

Esta solución que prevé el Reglamento Roma II podría ser muy útil para ciertos contratos relacionados con los vehículos automatizados, porque permitiría a las partes que tienen una relación contractual elegir la ley aplicable incluso para los supuestos de responsabilidad extracontractual derivados de la contractual, aunque no frente a terceros, como las víctimas del accidente.

Dicho esto, no hay que olvidar que la autonomía de la voluntad de las partes tiene dos limitaciones: en primer lugar, la observancia de las disposiciones de la ley –que no puedan excluirse por acuerdo– del país donde todos los elementos de la situación se encuentren localizados en el momento de producirse el accidente; y, en segundo lugar, las disposiciones del Derecho comunitario que se apliquen en el Estado miembro del foro y no puedan excluirse mediante acuerdo, cuando todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros en el momento del accidente⁶⁹.

Por consiguiente, y en ausencia de normas específicas para regular la responsabilidad extracontractual en materia de accidentes de tráfico transfronterizos, lo más habitual será acudir a la regla general que establece como ley aplicable la del país donde se produce el daño, a saber, el accidente de tráfico, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño⁷⁰; norma que decaerá en favor de la ley del país en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el momento de producirse el daño –residencia habitual común de las partes–⁷¹.

⁶⁶ Tal como permite el Reglamento Roma II en su art. 14. 1º.a).

⁶⁷ *Ibid.*, art. 14.1º b).

⁶⁸ *Ibid.*, art. 14.1º, párrafo segundo.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 14, aps. 2 y 3.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 4.1º. Respecto a la interpretación del lugar en el que se produce el daño, será de aplicación la doctrina del TJUE elaborada en interpretación del art. 7.2º del Reglamento Bruselas I bis por la coherencia que se debe garantizar en la aplicación de ambos instrumentos. *Vid.*, en este sentido, el Considerando 7 del Reglamento Roma II.

⁷¹ *Ibid.*, art. 4.2º.

Además, como cláusula de cierre, el Reglamento dispone que si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto de aquel en el que se haya producido el hecho generador del daño, o de aquel en que las partes –víctima y causante del daño– tengan su residencia habitual, se aplicará la ley de este otro país⁷².

Todo ello sin olvidar que el tribunal competente podría aplicar su propia ley (*lex fori*), y dejar inaplicada la ley designada por el Reglamento Roma II, en aquellos supuestos en los que la ley designada fuese manifiestamente incompatible con el orden público del foro⁷³.

b) Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

La incorporación de los vehículos automatizados implica que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual habrá de prestarse mayor atención a todos los aspectos relacionados con la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Pues hay que tener en cuenta que hasta ahora la piedra angular sobre la que se asentaba la responsabilidad en este tipo de siniestros era el factor humano –la culpa o negligencia del conductor–, mientras que con la incorporación de los vehículos automatizados van a entrar en juego otros aspectos de carácter objetivo determinados por la interacción de la tecnología y la IA.

Y, en ese sentido, la responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos queda sujeta a normas de conflicto especiales en el propio Reglamento Roma II⁷⁴. A pesar de ello, el Reglamento no incluye una definición de término “producto”, por lo que hay que remitirse a lo dispuesto en la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y considerar la limitación de su ámbito de aplicación a los bienes muebles⁷⁵, o abogar por una definición más amplia, lo que sería deseable con el fin de incluir en su ámbito de aplicación los productos intangibles como el software que será un elemento importante en el desarrollo de la IA en la conducción automatizada⁷⁶.

⁷² *Ibid.*, art. 4.3 °.

⁷³ *Ibid.*, art. 26.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 5.

⁷⁵ *Vid.*, entre otros, P. Stone, “Product Liability under the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy (eds.) *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 181; P. Huber y M. Illmer, “International Product Liability. A Commentary on Article 5 of The Rome II Regulation”, vol. 9, 2007, pp. 37–38.

⁷⁶ *Vid.*, al respecto, R. Plender y M. Wilderspin. *The European Private International Law of Obligations*, 3º ed., London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 551; M. Swierczynski y L.

Por otra parte, hay que considerar que aun cuando el art. 5 Reglamento Roma II incluye en su título el término “daños causados por productos defectuosos”, en su redacción se refiere a las obligaciones extracontractuales que se deriven del daño causado por un producto, sin distinguir en este caso acerca de su posible defectuosidad. Considerando, por tanto, una interpretación extensiva, se podría concluir que incluye tanto a los productos defectuosos cuanto a los peligrosos y, en ese sentido, cabe defender la aplicación de estas normas de conflicto a los productos tecnológicos que forman parte de la IA y la conducción automatizada por el potencial riesgo que implican, por ejemplo, el daño causado por el software instalado en un vehículo autónomo⁷⁷.

Pues bien, para determinar la ley aplicable en esta materia el Reglamento Roma II dispone unos puntos de conexión en cascada; en primer lugar, la ley del país de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada⁷⁸; en segundo lugar, en ausencia de residencia habitual común de las partes, la ley del país de la residencia habitual de la víctima en el momento de producirse el daño si el producto se comercializó en dicho país (regla del *international stream of commerce*)⁷⁹; en su defecto, la ley del país donde se adquirió el producto si fue comercializado allí⁸⁰; y, en su defecto, la ley del país donde se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país⁸¹.

No obstante, será aplicable la ley del país donde tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega cuando no pueda prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en alguno de los países antes mencionados⁸². Para finalizar, se añade el criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos para aplicar la ley de ese país en detrimento de cualesquiera de las señaladas anteriormente⁸³.

Żarnowiec, “Law applicable to liability for damages due to traffic accidents involving autonomous vehicles”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 14, 2020, p. 186 disponible en [<https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/12425>].

⁷⁷ Vid., en este sentido, A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 370; así como M. Illmer, “The New European Private International Law of Product Liability—Steering Through Troubled Waters”, *Rabels Zeitschrift*, vol. 73, nº 2, 2009, pp. 281–282.

⁷⁸ Art. 5.1º, del Reglamento Roma II, que remite al art. 4.2º.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 5.1º a).

⁸⁰ *Ibid.*, art. 5.1º b).

⁸¹ *Ibid.*, art. 5.1º c).

⁸² *Ibid.*, art. 5.1º, último párrafo.

⁸³ *Ibid.*, art. 5.2º.

B) Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera

En el ámbito de la Unión Europea, el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera prevalece sobre la norma general prevista en el art. 4 del Reglamento Roma II en aquellos países donde el mismo es de aplicación, entre ellos, España⁸⁴. Este Convenio tiene carácter universal, por lo que se aplicará aun cuando la ley designada no sea la de un Estado contratante, y su aplicación no dependerá de ninguna condición de reciprocidad⁸⁵.

Respecto a su ámbito de aplicación material, y en relación a los accidentes causados por vehículos automatizados, hay que indicar que el Convenio de La Haya de 1971 excluye "... la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de vehículos"⁸⁶, lo cual no implica que no sea de aplicación a los fabricantes de componentes, como el software que se instale en el vehículo⁸⁷.

Este Convenio establece como principio básico en su sistema de normas de conflicto la *lex loci delicti*, es decir, la aplicación de la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.⁸⁸ No obstante, incluye algunas excepciones a este principio en función del número de vehículos implicados en el siniestro.

En primer lugar, cuando en el accidente intervenga un solo vehículo matriculado en un Estado diferente a aquel en el que ocurrió el accidente, se aplicará la ley del Estado de matriculación del vehículo con el fin de determinar la responsabilidad en tres supuestos: respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, con independencia de cuál sea su residencia habitual⁸⁹; igualmente, se aplicará la ley del Estado de matriculación del vehículo respecto de las víctimas que viajasen como pasajeras, si tenían su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente⁹⁰; y respecto de las víctimas que se

⁸⁴ Actualmente, veintiún Estados son parte de este Convenio, trece de ellos Estados miembros de la Unión Europea: Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y República Checa (en adelante, Convenio de La Haya de 1971) [<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=81>].

⁸⁵ Art. 11 Convenio de La Haya de 1971.

⁸⁶ *Ibid.*, art. 2.º1.

⁸⁷ Algunos autores consideran difícilmente justificable esta distinción entre fabricantes de vehículos y fabricantes de componentes. *Vid.*, al respecto M. Swierczynski y L. Żarnowiec, "Law applicable to liability...", *loc. cit.*, p. 182.

⁸⁸ Art. 3 Convenio de La Haya de 1971.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 4 a), párrafo primero.

⁹⁰ *Ibid.*, art. 4 a), párrafo segundo.

encontrasen en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenían su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado⁹¹.

En segundo lugar, cuando en el accidente se vean implicados dos o más vehículos se aplicará una excepción al principio *lex loci delicti* siempre que esos vehículos estuvieren matriculados en el mismo Estado, siendo de aplicación la ley del Estado de matriculación⁹².

En tercer lugar, cuando se viesen implicadas en el accidente –ya fuese como responsables o víctimas– una o más personas que se encontraren fuera del o de los vehículos en el lugar del accidente, la derogación del principio *lex loci delicti* únicamente operará cuando todas esas personas tengan su residencia habitual en el Estado en el cual él o los vehículos estuvieren matriculados⁹³.

Finalmente, hay que tener en cuenta que cuando se encuentren implicados en el siniestro vehículos no matriculados o matriculados en varios Estados, la norma de conflicto no será la ley del Estado de matriculación sino la ley interna del Estado donde estén habitualmente estacionados. Esta misma regla se aplica en aquellos supuestos en los que ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieron, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado de matriculación del vehículo⁹⁴.

Además de todo lo dicho, hay que mencionar que, aunque el Convenio de La Haya de 1971 no prevé la posibilidad de que las partes puedan elegir la ley aplicable a la controversia, ello no impide que puedan hacerlo con posterioridad al hecho generador del daño al socaire del art. 14 del Reglamento Roma II. De hacerlo así, la libertad de elección prevalecerá frente a las normas de conflicto previstas en el Convenio de La Haya de 1971⁹⁵, aunque la doctrina no es unánime a la hora de considerar si la autonomía de la voluntad permitirá excluir la aplicación del Convenio en favor de la ley estatal elegida por las partes⁹⁶.

⁹¹ *Ibid.*, art. 4 a), párrafo tercero.

⁹² *Ibid.*, art. 4 b).

⁹³ *Ibid.*, art. 4 c).

⁹⁴ *Ibid.*, art. 6.

⁹⁵ T. Kadner Graziano, “Cross-border Traffic Accidents in the EU– the Potential Impact of Driverless Cars, European Parliament– Directorate-General for Internal Policies of the Union. Brussels, 2016, p. 27 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571362/ IPOL_STU\(2016\)571362_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571362/ IPOL_STU(2016)571362_EN.pdf)].

⁹⁶ *Vid.*, al respecto, T. Kadner Graziano, “The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability–Interaction, conflicts and future perspectives”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2008, p. 3 [https://www.biicl.org/files/5200_graziano_27-09-10_biicl_1.pdf].

C) Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos Defectuosos

Algo parecido sucede con la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los daños causados por productos defectuosos, donde el Convenio de La Haya de 1973 coexiste y se aplica con carácter preferente al Reglamento Roma II y, en particular, su art. 5,⁹⁷ por los jueces y tribunales de aquellos Estados miembros donde el Convenio se aplica, entre ellos, España⁹⁸. Igual que el Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971, este Convenio tiene carácter universal, por lo que se aplicará aun cuando la legislación aplicable no sea la de un Estado contratante⁹⁹.

El Convenio reviste especial importancia por varios motivos: en primer lugar, porque el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera excluye la aplicación de sus normas a la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de vehículos; en segundo lugar, porque la armonización legislativa en materia de responsabilidad causada por productos defectuosos solamente se ha producido de manera parcial en la Unión Europea a través de la Directiva 85/374; y, en tercer lugar, porque establece un complejo sistema de normas de conflicto sobre la base de diferentes puntos de conexión que no coinciden con lo previsto en el art. 5 del Reglamento Roma II donde se regula este mismo aspecto.

Este Convenio, tampoco prevé la autonomía de la voluntad de las partes. Empero, estas podrán elegir la ley aplicable a la controversia con base al art. 14 Reglamento Roma II que entraría en juego en esos casos prevaleciendo frente a las normas de conflicto previstas en el Convenio de La Haya de 1973¹⁰⁰.

Por lo que respecta a las normas de conflicto, con carácter general establece como punto de conexión la residencia habitual de la persona perjudicada; así, será de aplicación la ley del Estado donde tenga su residencia habitual la persona directamente perjudicada siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: que dicho Estado sea también el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o

⁹⁷ El art. 28 del Reglamento II permite la coexistencia de regímenes diversos que regulen conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales.

⁹⁸ Actualmente, once Estados son parte de este Convenio, siete de ellos Estados miembros de la Unión Europea: Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo y Países Bajos (en adelante, Convenio de La Haya de 1973), Vid. [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=84>].

⁹⁹ Art. 11 Convenio de La Haya de 1973.

¹⁰⁰ T. Kadner Graziano, "Cross-border Traffic Accidents...", *loc. cit.* p. 27.

el Estado en cuyo territorio hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada¹⁰¹.

De no cumplirse ese requisito, habrá que acudir a la *lex loci damni* ya que el Convenio dispone que será aplicable la ley del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño siempre que dicho Estado sea también: el de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o donde se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad; o donde el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada¹⁰².

Y, cuando no sean de aplicación las normas de conflicto antes señaladas, la ley aplicable será la del Estado donde se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, aunque, en este caso, el Convenio permite que el demandante pueda basar su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño¹⁰³.

IV. INICIATIVAS DE LA UE SOBRE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE IA

1. Actualización del marco normativo actual

Al objeto de aplicar los instrumentos de Derecho Internacional privado antes señalados, hay que considerar previamente el origen de la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por los sistemas de IA en la conducción automatizada. Estos, pueden tener su origen en el uso intencionado o en el mal uso de estos sistemas con el fin de generar daño a un tercero; en el uso adecuado de estos sistemas que, sin embargo, causa daños no previstos; o en el error en la configuración de los sistemas de IA que provoca daños personales y materiales. En este último supuesto, se puede hablar de los defectos en el diseño o uso de sus componentes, –por ejemplo, los sensores defectuosos, los errores o defectos del sistema, la incorrección de los datos tomados en consideración por el sistema o la ausencia de las correspondientes actualizaciones del sistema que permiten a los mismos seguir operando con total fiabilidad y seguridad–, o de la alteración del software o la falta de instalación de actualizaciones de seguridad¹⁰⁴.

¹⁰¹ Art. 5 Convenio de La Haya de 1973.

¹⁰² *Ibid.*, art. 4.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 6, que con esta redacción permite volver a la norma de conflicto prevista en el art. 4 (*lex loci damni*).

¹⁰⁴ *Vid.*, Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations, British Institute of International and Comparative Law, 10 abril 2021, pp. 66–69 [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/11043f63-200c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1>].

Asimismo, no hay que olvidar que en este tipo de vehículos, al menos en su nivel más alto de automatización, ya no interviene una persona que maneje el mecanismo de dirección o vaya al mando del vehículo¹⁰⁵, y su cometido puede quedar relegado a simple usuario o pasajero salvo que pueda anular la conducción automática y asumir la conducción manual del vehículo accionando el frenado en casos de emergencia, en cuyo caso seguiría ejerciendo un cierto control sobre el vehículo autónomo y manteniendo su posible responsabilidad en caso de accidente.

Y, en este contexto, la responsabilidad extracontractual en los accidentes de tráfico transfronterizos plantea el interrogante de quien debe ser responsable por los daños causados por el vehículo automatizado. Cuanto mayor sea el grado de automatización menores serán las posibilidades de atribuir la responsabilidad al conductor como causante del daño y a su compañía aseguradora, al tiempo que se amplía el espectro de posibles responsables porque intervienen otros elementos que serán determinantes a la hora de plantear posibles reclamaciones por parte de los perjudicados, ya sea frente al propietario del vehículo no conductor, los fabricantes del vehículo o de los componentes que el mismo lleve instalado, los suministradores y responsables del servicio y, ahora también, los operadores de los sistemas de IA; en definitiva, las personas o empresas que controlen el riesgo asociado a estos sistemas.

Por consiguiente, puede resultar más complejo identificar a los responsables del daño causado como paso previo a la elección de los tribunales competentes para presentar una reclamación, especialmente cuando la responsabilidad haya nacido o se encuentre directamente relacionada con el diseño y la ejecución inadecuados de los sistemas de IA aplicados a la conducción automatizada.

Por todo ello, parece evidente que el marco normativo actual requiere una actualización adecuada a los problemas que plantea el uso de la IA en la conducción automatizada y la responsabilidad derivada de los mismos. En este sentido, hay que aludir a dos recientes iniciativas legislativas planteadas por la Comisión Europea: la Propuesta de Reglamento sobre IA y la Propuesta de Reglamento sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA.

2. Propuesta de Reglamento para armonizar las legislaciones en materia de IA

Valorando los beneficios que aporta el uso de la IA y los riesgos que presenta el uso de esta nueva tecnología, en abril de 2021, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se

¹⁰⁵ Tal y como establece la definición de conductor contenida en el Anexo I del RD Leg. 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión¹⁰⁶.

Se trata del primer instrumento jurídico presentado por la Comisión Europea en materia de IA y en ella se establece un marco jurídico horizontal y se incorporan un conjunto de normas y de estándares internacionales con el fin de garantizar en el mercado de la UE, de una parte, el uso y aplicación de las nuevas tecnologías de un modo seguro y en consonancia con la ley y, de otra, el respecto a los derechos fundamentales y principios de la UE.

Regula, pues, los requisitos a los que están sujetos los fabricantes antes de poner un dispositivo de este tipo en el mercado, si bien no se ocupa de los problemas de responsabilidad que puedan surgir del uso de los dispositivos de IA. Por tanto, establece un marco jurídico para regular los sistemas de IA que generen elevados riesgos; por el contrario, aquellos que no cumplan estos requisitos habrán de ser objeto de regulación mediante códigos de conducta. A estos efectos, la Comisión clasifica los riesgos que pueden generar los usos de la IA en riesgo inaceptable, riesgo alto y riesgo bajo o mínimo¹⁰⁷.

Y en la misma, se confiere al Reglamento un alcance extraterritorial; técnica que ya ha sido empleada en otras ocasiones, así en el Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos¹⁰⁸ y lo mismo sucede con la Propuesta de Reglamento sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA a la que me referiré a continuación¹⁰⁹.

Esto puede plantear cuestiones conflictivas relacionadas con el Derecho internacional privado. Especialmente, en aquellos supuestos en los que un proveedor de servicios preste servicios digitales basados en sistemas de IA desde un tercer Estado. En este caso, si el proveedor ha previsto que sus servicios pueden ser utilizados en el mercado de la Unión estaría justificada la aplicación del Reglamento; sin embargo, cuando el proveedor no pueda tener la certeza de

¹⁰⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) Doc. COM (2021) 206 final, de 21.04.2021 (en adelante la Propuesta de Reglamento sobre IA) [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF].

¹⁰⁷ *Vid.*, el punto 5.2.2 de la Exposición de motivos y el Título II, prácticas de IA prohibidas, de la Propuesta de Reglamento sobre IA.

¹⁰⁸ El art. 3 Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119 de 4.05.2016) (en adelante, Reglamento general de protección de datos) dispone: “El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no”.

¹⁰⁹ Art. 2 de la Propuesta de Reglamento sobre IA.

que esos servicios van a ser utilizados y pueden tener repercusión dentro de la Unión, el tema es más discutible porque el proveedor no puede controlar *ex ante* si el sistema de IA va a ser utilizado por el usuario en ese territorio¹¹⁰. En definitiva, esta cuestión enlaza con el denominado criterio del *International Stream of Commerce* porque cuando el proveedor no haya dirigido la oferta de sus servicios de sistemas de IA a los usuarios en el territorio de la Unión resultará más compleja la aplicación del Reglamento a estos proveedores¹¹¹.

3. 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 IA

Como complemento al régimen regulatorio de la IA, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, se pide a la Comisión que someta una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA¹¹².

En su Resolución, el Parlamento Europeo recuerda la importancia de la responsabilidad civil¹¹³ y la necesidad de proceder a una revisión y adaptación específica de los regímenes existentes ante los nuevos riesgos derivados del uso de los sistemas de IA, con el fin de garantizar el resarcimiento de las personas que sufran daños personales o patrimoniales. Porque los sistemas de IA cuando conllevan un alto riesgo inherente y actúan de manera automatizada ponen en peligro, de manera potencial, al público en general y plantean retos jurídicos importantes a los regímenes de responsabilidad civil ya existentes. Entre ellos, se pueden citar: la prueba de la relación causa-daño al objeto de solicitar la correspondiente indemnización, pues no siempre será fácil determinar quién controla el riesgo asociado al sistema de IA; los riesgos derivados de la

¹¹⁰ Tal y como prevé el Reglamento general de protección de datos en su art. 3.2º a).

¹¹¹ P. De Miguel Asensio considera que en estos casos resulta excesiva la aplicación del Reglamento a estos proveedores de sistemas de IA si el uso de sus resultados en la Unión es imprevisible para él. Vid., “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *La Ley: Unión Europea*, nº 92, mayo 2021. p. 5

¹¹² Resolución del Parlamento Europeo de 20 octubre 2020, con recomendaciones a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, P9-TA (2020) 0276, (2020/2014(INL)) (en adelante, la Resolución del Parlamento de 2020 y la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html].

¹¹³ El apartado A de la Resolución del Parlamento de 2020 dispone: “... el concepto de ‘responsabilidad civil’ desempeña un importante doble papel en nuestra vida cotidiana: por una parte, garantiza que una persona que haya sufrido un daño o perjuicio tenga derecho a reclamar y recibir una indemnización a quien se haya demostrado que es responsable de dicho daño o perjuicio y, por otra parte, proporciona incentivos económicos para que las personas físicas o jurídicas eviten en primer lugar causar daños o perjuicios o consideren en su comportamiento el riesgo de tener que pagar una indemnización”.

conectividad entre los propios sistemas de IA; el aprendizaje automático de estos sistemas; o las violaciones de la ciberseguridad mediante hackeos o pirateos informáticos¹¹⁴. Con el fin de adecuar esta regulación de la responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA, la Resolución define un concepto clave como es la “toma de decisiones automatizada”¹¹⁵.

Y reconoce la necesidad de garantizar a las personas perjudicadas un nivel de protección similar al que actualmente opera cuando no interviene un sistema de IA, mediante el aseguramiento de estos sistemas y el acceso efectivo a la vía judicial en caso de conflicto¹¹⁶. Por otra parte, respecto a la imputabilidad de responsabilidad, ante el gran número de agentes que intervienen en la utilización de sistemas de IA, la Resolución establece una distinción entre operador inicial o final en función del control que estos ejerzan sobre los sistemas de IA¹¹⁷. Finalmente, esta Resolución incluye en un Anexo recomendaciones detalladas para la elaboración de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA.

4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA

A) Objeto de la Propuesta de Reglamento

Con esta Propuesta, el Parlamento Europeo solicita a la Comisión que le someta un Reglamento como mejor opción para llevar a cabo una armonización legislativa en la Unión Europea que evite los malos usos de los sistemas de IA y la futura fragmentación normativa en las legislaciones de los Estados miembros¹¹⁸.

Sistemas de IA que define como “todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno

¹¹⁴ *Ibíd.*, aps. H e I y el punto 14.

¹¹⁵ *Ibíd.*, ap. G, donde señala que: “la ‘toma de decisiones automatizada’ implica que un usuario delegue inicialmente una decisión, en su totalidad o en parte, en una entidad mediante la utilización de un programa informático o de un servicio; que dicha entidad, a su vez, utiliza modelos de toma de decisiones ejecutados automáticamente para llevar a cabo una acción en nombre de un usuario o para informar las decisiones del usuario a la hora de realizar una acción”.

¹¹⁶ *Ibíd.*, ap. J.

¹¹⁷ *Ibíd.*, puntos 11, 12 y 13.

¹¹⁸ *Ibíd.*, puntos 2, 3 y 5.

y la actuación, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos”¹¹⁹.

El objetivo de la misma es establecer “... normas en relación con las demandas por responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas contra los operadores de sistemas de IA”¹²⁰. Es decir, de las personas que hayan sufrido daños o perjuicios causados por un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA siempre que no sean ellos sus operadores¹²¹. Parte, de este modo de un enfoque basado en la generación o gestión del riesgo que se provoque con el uso de estos sistemas de IA.

Hay que destacar, por cierto, que la Propuesta no incluye normas relativas a los fabricantes sino para los operadores que ejerzan un control sobre los riesgos inherentes al uso de los sistemas de IA.

B) Operadores de sistemas de IA

La Propuesta de Reglamento incorpora un nuevo sujeto de responsabilidad – el operador de sistemas de IA– frente al criterio clásico basado en otros responsables como el propietario, el poseedor o el usuario, si bien, en algunos casos estas figuras podrían coincidir en la misma persona¹²². Asimismo, la figura del operador podría coincidir o no con la del productor y, para el caso de que así fuese, se define al productor de manera independiente y en el mismo sentido que hace la Directiva 85/374 en su art. 3¹²³.

Resulta, por otra parte, muy oportuna la ampliación del concepto de productor que el Parlamento propone en el marco de la revisión de la mencionada Directiva, incluyendo en el mismo no solo a los fabricantes sino, igualmente, a los desarrolladores, programadores, prestadores de servicios y operadores finales¹²⁴. Precisamente, la figura del creador o desarrollador de software cobra especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada de la conducción de vehículos automatizados por lo que parece oportuna la ampliación

¹¹⁹ Vid. art. 3 a) de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA. Definición que no coincide plenamente con la recogida en el art. 3.1 de la Propuesta de Reglamento sobre IA que dispone “Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA): el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”.

¹²⁰ *Ibid.*, art. 1.

¹²¹ *Ibid.*, art. 3 h) donde define el concepto de persona afectada.

¹²² S. Navas Navarro, *Daños ocasionados por sistemas de Inteligencia Artificial*, Granada, Comares, 2022, pp. 50–51.

¹²³ Art. 3 j) de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA.

¹²⁴ *Ibid.*, Considerando 23 y punto 8 de la Resolución del Parlamento de 2020.

de la responsabilidad a los mismos en casos de daños provocados por sus productos¹²⁵.

Pues bien, dentro del concepto de operador se establece una distinción entre operador inicial y operador final¹²⁶ ya que el grado de control que ejerzan sobre estos sistemas determinará su posible responsabilidad, entendiendo por “control” “toda acción de un operador que influya en el funcionamiento de un sistema de IA y, por consiguiente, la medida en que el operador expone a terceros a los potenciales riesgos asociados a la operación y al funcionamiento del sistema de IA”¹²⁷. En este sentido, y en el ámbito de la conducción, considera que el grado de control que tiene el operador sobre un riesgo asociado al funcionamiento de un sistema de IA es comparable al del propietario de un vehículo¹²⁸.

C) Previsión de diferentes regímenes de responsabilidad

Dependiendo del riesgo que presenten, se distinguen dos sistemas diferentes de responsabilidad civil, bien sea derivada de los sistemas de IA de alto riesgo o de otros sistemas de IA. No obstante, a pesar de este doble sistema de responsabilidad, el Parlamento Europeo considera que el principio de proporcionalidad ha de estar presente, y servirá de justificación para flexibilizar el sistema de responsabilidad propuesto y alcanzar soluciones proporcionadas cuando sea necesario respecto a situaciones y sectores específicos¹²⁹.

a) Sistemas de IA de alto riesgo

Aquellos sistemas de IA que presenten un alto riesgo¹³⁰—como pueden ser los aplicados en el sector de los vehículos automatizados o en los drones—, han de

¹²⁵ R. Herrera de las Heras, *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, Protección de datos y Responsabilidad Civil*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 97–98.

¹²⁶ Vid. cdo. 3 y el art. 3 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA, donde se refiere a los operadores en el siguiente sentido: “d) operador: tanto el operador final como el inicial, siempre que la responsabilidad civil de este último no esté ya cubierta por la Directiva 85/374/CEE; e) operador final: toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento; f) operador inicial: toda persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA”.

¹²⁷ *Ibid.*, art. 3 g).

¹²⁸ *Ibid.* cdo. 10.

¹²⁹ Ap. L de la Resolución del Parlamento Europeo de 2020.

¹³⁰ Art. 3 c) de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA, donde define el concepto de “alto riesgo” como “el potencial significativo en un sistema de IA que funciona de forma autónoma para causar daños o perjuicios a una o más personas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del

quedar sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva o responsabilidad basada en el riesgo (*strict liability*)¹³¹, ya que se considera que potencialmente ponen en peligro en mayor medida al público en general que el resto de sistemas¹³². Estos sistemas, serán identificados con base al sector en el que se empleen y habrán de quedar enumerados en un Anexo del Reglamento que será revisable periódicamente¹³³.

Para poder aplicar este sistema de responsabilidad objetiva se han de valorar tanto la concurrencia de un riesgo potencial significativo de causar daño a una o más personas cuanto la probabilidad del daño o perjuicio y el grado de gravedad. De este modo, la responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo implica que una parte podrá ser considerada responsable pese a la ausencia de culpa¹³⁴; consecuentemente, las víctimas del daño no están obligadas a probar la culpa del operador de la aplicación. En este sentido, la Propuesta de Reglamento se refiere al “daño o perjuicio” como “... al impacto adverso que afecta a la vida, la salud, la integridad física de una persona física, los bienes de una persona física o jurídica o bien que produce daños morales significativos que resultan en una pérdida económica comprobable”¹³⁵.

Además, el operador no podrá eludir su responsabilidad civil alegando que actuó “... con la diligencia debida o que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA”. Pero, por otra parte, no podrá imputarse su responsabilidad si el daño o perjuicio hubiese sido provocado por un caso de fuerza mayor¹³⁶.

Y, para hacer frente a las posibles responsabilidades derivadas del uso de estos sistemas, los operadores finales han de cubrir sus operaciones con un seguro de responsabilidad civil que garantice el alcance e importe de las indemnizaciones que deban afrontar en caso de daño o perjuicio¹³⁷.

Por otra parte, para los supuestos de responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo la Propuesta establece un sistema autónomo, al incluir en la misma el cálculo y alcance de la indemnización a la que venga obligado el operador responsable. Así, dependiendo del tipo de daños causados —físicos o morales— establece diferentes límites máximos de indemnización. Y si existiesen

posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA”.

¹³¹ *Ibíd.*, art. 4.1º que indica: “El operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA”.

¹³² *Ibíd.*, cdo. 13.

¹³³ *Ibíd.*, cdo. 14 y art. 4.2º.

¹³⁴ Ap. C Resolución del Parlamento de 2020.

¹³⁵ *Vid.* art. 3 i) de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA.

¹³⁶ *Ibíd.*, art. 4.3º.

¹³⁷ *Ibíd.*, art. 4.4º.

varias víctimas y la indemnización combinada de las mismas superase esos límites, se producirá una reducción proporcional de tal forma que no se supere el límite máximo establecido¹³⁸. En relación a limitación de indemnización por los daños físicos y morales que hace la Propuesta, alguna autora ha manifestado la deficiencia que supone no incluir otro tipo de daños directamente relacionados con la IA como pueden ser los denominados “daños sociales”, relacionados con los datos personales, o los daños causados a los bienes intangibles de las víctimas¹³⁹.

Y lo mismo sucede respecto a los plazos de prescripción para iniciar una reclamación de responsabilidad civil por los daños causados por los sistemas de IA de alto riesgo¹⁴⁰, que regula la Propuesta distinguiendo entre las demandas por responsabilidad civil relativas a daños a la vida, la salud o la integridad física –que quedan sujetas al plazo de treinta años a partir de la fecha en que se produjo el daño–¹⁴¹, y las demandas de responsabilidad civil relativas a perjuicios materiales o daños morales considerables que resulten en una pérdida económica comprobable –a las que se aplica un plazo de prescripción especial de diez o treinta años, siendo de aplicación aquel que venza antes–¹⁴². No obstante, los aspectos relativos a la suspensión o interrupción de estos plazos se seguirán regulando por los dispuesto en las legislaciones nacionales¹⁴³.

Por último, llama poderosamente la atención el hecho de que en los Considerandos de la Propuesta de Reglamento se haga referencia a la designación por parte de los productores establecidos dentro o fuera de la UE, es decir, los fabricantes en el sentido de la Directiva 85/374, de un representante en materia de responsabilidad civil de la IA en la Unión Europea, mientras que en el articulado no se regula este aspecto¹⁴⁴. Sin duda alguna, sería conveniente la instauración de esta figura, especialmente para los prestadores de servicios

¹³⁸ *Ibíd.*, arts. 5 y 6. Estas indemnizaciones serán: a) hasta un importe máximo de dos millones de euros en caso de fallecimiento o de daños causados a la salud o a la integridad física ...”; y b) hasta un importe máximo de un millón de euros en caso de daños morales significativos que resulten en una pérdida económica comprobable o en daños a bienes ...”.

¹³⁹ S. Navas Navarro, *Daños ocasionados por sistemas...*, *op. cit.*, pp. 63–64.

¹⁴⁰ Arts. 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA.

¹⁴¹ *Ibíd.*, art. 7.1º donde dispone: “Las demandas por responsabilidad civil presentadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 4, ap. 1, relativas a daños a la vida, la salud o la integridad física estarán sujetas a un plazo de prescripción especial de treinta años a partir de la fecha en que se produjo el daño”.

¹⁴² *Ibíd.*, art. 7.2º que reza así: “a) diez años a partir de la fecha en que se produjo el menoscabo a los bienes o la pérdida económica comprobable resultante del daño moral significativo, respectivamente, o b) treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar la operación del sistema de IA de alto riesgo que causó posteriormente el menoscabo a los bienes o el daño moral”.

¹⁴³ *Ibíd.*, art. 7.3º.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, Considerando 19 y art. 3 j).

digitales basados en sistemas de IA que se encuentren establecidos en un tercer Estado.

b) Sistemas de IA que no sean de alto riesgo

A su vez, los sistemas de IA que no cumplan las condiciones de los sistemas de IA de alto riesgo –pensemos en los que se aplican en un chatbot–, seguirán sujetos a la responsabilidad subjetiva, “... respecto de todo daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por el sistema de IA”¹⁴⁵, pero con inversión de la carga probatoria.

En estos supuestos, se regula la posible exención de responsabilidad de los operadores siempre y cuando estos puedan demostrar que no tuvieron culpa en el daño o perjuicio causado, para lo cual podrán basarse en alguno de los siguientes motivos:

- a) el sistema de IA se activó sin su conocimiento, al tiempo que se tomaron todas las medidas razonables y necesarias para evitar dicha activación fuera del control del operador, o
- b) se observó la diligencia debida a través de la realización de las siguientes acciones: la selección de un sistema de IA adecuado para las tareas y las capacidades pertinentes, la correcta puesta en funcionamiento del sistema de IA, el control de las actividades y el mantenimiento de la fiabilidad operativa mediante la instalación periódica de todas las actualizaciones disponibles.¹⁴⁶

Tampoco será responsable el operador cuando el daño o perjuicio causado tenga su origen en un supuesto de fuerza mayor. Sin embargo, no podrá eludir su responsabilidad alegando que el daño o perjuicio fue causado por “... una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA”¹⁴⁷.

Pero sí que lo será cuando el daño o perjuicio haya sido causado por un tercero que haya interferido en el sistema de IA por medio de una modificación de su funcionamiento o sus efectos, es el caso de los piratas informáticos, aunque, en estos casos, esa responsabilidad se limitará al pago de una indemnización en aquellos supuestos en los que el tercero causante del daño esté ilocalizable o sea insolvente¹⁴⁸. Por otra parte, es importante destacar la obligación de cooperar por parte del productor de un sistema de IA cuando sea requerido por el operador o la

¹⁴⁵ *Ibíd.*, art. 8.1º.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 8.2º.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, art. 8.2º, ap. 2º.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art. 8.3º.

persona perjudicada al objeto de determinar las posibles responsabilidades por el daño causado¹⁴⁹. Y, por último, señalar que, en el caso de responsabilidad subjetiva para otros sistemas de IA que no sean de alto riesgo, el Reglamento se aplicará solo parcialmente, pues los aspectos relativos al importe y alcance de la indemnización, así como los plazos de prescripción, seguirán regulados por la legislación nacional del Estado miembro en el que se haya producido el daño o perjuicio¹⁵⁰.

D) Imputabilidad de responsabilidad: negligencia concurrente y responsabilidad solidaria

Tanto en los sistemas de IA de alto riesgo, cuanto en los que no lo sean, se puede producir lo que se denomina la negligencia concurrente, porque el daño o perjuicio es causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por un sistema de IA o por la actuación de una persona afectada o de una persona de la que la persona afectada sea responsable. En tal caso, se producirá una reducción de la responsabilidad civil del operador. Además, este no será responsable si "... la persona afectada o la persona de la que esta es responsable es la única a la que se le puede achacar el daño o perjuicio causado"¹⁵¹. Y, para demostrar la negligencia concurrente de la persona afectada, el operador podrá utilizar los datos generados por el sistema de IA de conformidad con el Reglamento general de protección de datos¹⁵².

Por el contrario, cuando concurren varios operadores de un sistema de IA que puedan ser considerados responsables, estos lo serán solidariamente. En este caso, habrá que distinguir si el operador inicial es al mismo tiempo el productor, en el sentido de la Directiva 85/374, en cuyo caso se aplicará la mencionada Directiva; o si el operador final es también el productor del sistema de IA, pues en este caso prevalecería la aplicación del Reglamento sobre la Directiva 85/374 y el sistema de responsabilidad objetiva¹⁵³. Si consideramos la conveniencia de que los desarrolladores de software queden incluidos dentro del concepto de productores habremos de concluir que estos también se verían obligados por el Reglamento y la responsabilidad objetiva que establece cuando coincida esta figura con la del operador final. Además, en los casos de responsabilidad solidaria, el operador que haya indemnizado al perjudicado podrá ejercer la acción en vía de regreso contra los otros operadores al objeto de recuperar parte de esa indemnización¹⁵⁴. Y, tratándose de un sistema de IA defectuoso, el operador que haya indemnizado

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 8.4°.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, cdo 17 y art. 9.

¹⁵¹ *Ibíd.*, art. 10.1°.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 10.2°.

¹⁵³ *Ibíd.*, cdo. 10 y art. 11.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 12, aps. 1 y 2.

íntegramente al perjudicado podrá ejercer la acción de regreso contra el productor del sistema de IA defectuoso al amparo de la Directiva 85/374 y las disposiciones nacionales de transposición¹⁵⁵. Para concluir, si fuese la compañía aseguradora del operador la que hubiese hecho frente a la indemnización, esta se subrogará en los derechos del afectado frente al responsable del daño¹⁵⁶.

V. COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE IA PREVISTO EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CON LAS NORMAS DE DIP

1. *Ámbito de aplicación territorial como norma de conflicto unilateral*

Aunque la Propuesta no hace referencia de manera expresa a la introducción de normas de conflicto, no puede soslayarse que del tenor literal de su art. 2 podría deducirse la incorporación de una norma de conflicto unilateral, caracterizada por su alcance extraterritorial, que puede tener incidencia en el sistema de Derecho internacional privado que actualmente viene operando. De este modo, al referirse a su ámbito de aplicación, dispone que el Reglamento se aplica

“... en el territorio de la Unión a aquellos casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable”¹⁵⁷.

Es decir, al objeto de aplicar las disposiciones del Reglamento introduce el criterio de la *lex loci damni*.

Además, la Propuesta limita la autonomía conflictual porque no permite que, en caso de reclamaciones por responsabilidad extracontractual, las partes puedan elegir la aplicación de otra ley en la medida en que eluda o limite los derechos y obligaciones que establece el Reglamento¹⁵⁸.

A partir de ahí, surgen diversas cuestiones. La primera, respecto a las dudas interpretativas que plantea la propia redacción del precepto antes señalado; así,

¹⁵⁵ *Ibid.*, art. 12.3º.

¹⁵⁶ *Ibid.*, art. 12.4º.

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 2.1º.

¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 2.2º donde establece que: “Todo acuerdo celebrado entre un operador de un sistema de IA y una persona física o jurídica que sufra un daño o perjuicio como consecuencia de un sistema de IA, que eluda o limite los derechos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento, celebrado bien antes o después de haberse causado el daño o perjuicio, será considerado nulo por lo que respecta a los derechos y obligaciones estipulados en virtud del presente Reglamento”.

al referirse a los daños causados en el territorio de la Unión ¿se considera que la persona afectada ha de encontrarse también en dicho territorio de una manera permanente, que tenga allí su residencia habitual?; o, por el contrario ¿será suficiente su mera presencia temporal, por ejemplo, por encontrarse de vacaciones en el momento de sufrir el daño? Dado que la Propuesta no distingue, considero que la interpretación analógica del art. 2 de la Propuesta de Reglamento sobre IA, donde también se establece una norma de conflicto unilateral respecto a su aplicación, puede ayudar a esclarecer esta cuestión y en mi opinión bastará con que el usuario se encuentre en el territorio de la Unión en el momento de sufrir el daño, o, incluso, que este se encuentre en un tercer país, siempre y cuando las consecuencias del uso de los sistemas de IA se produzcan dentro del territorio de la Unión¹⁵⁹.

Por otra parte, para apreciar si el sistema de IA que ha causado el daño se estaba desarrollando en el territorio de la Unión ¿bastará que se produzca el resultado en la Unión Europea o se requiere, igualmente, que el sistema se encuentre establecido en el territorio de la Unión?¹⁶⁰.

De nuevo, la interpretación analógica del art. 2 de la Propuesta de Reglamento sobre IA puede aportar luz en esta cuestión pues establece claramente que los proveedores pueden estar establecidos en la Unión o en un tercer país y respecto a los sistemas de IA señala que la información generada por el mismo se utilice en la Unión¹⁶¹. Por consiguiente, no será preciso que el operador ni el sistema de IA se encuentren en el territorio de la Unión, sino que los daños se produzcan en ese territorio. Hay que tener en cuenta que los daños pueden materializarse de manera virtual, de tal forma que el principio de la *lex loci damni* puede resultar gravoso para ciertas empresas cuando establecidas fuera de la Unión Europea no puedan prever que los daños pueden tener lugar en el territorio de la Unión. Empero, no hay que olvidar que el mercado de la UE resulta de gran interés para las empresas que desarrollan su actividad en el ámbito de la IA, lo que puede compensar el hecho de verse sometidas a las normas de la UE y el sistema de responsabilidad civil previsto en la Propuesta de Reglamento.

La segunda, ¿qué sucederá en aquellos supuestos en los que el sistema de IA cause un daño fuera de la Unión? En estos casos, quedaría excluida la aplicación del Reglamento de acuerdo con su redacción actual, por lo que parece razonable acudir al sistema general de fuentes de Derecho internacional privado para

¹⁵⁹ Así, la Propuesta de Reglamento sobre IA, establece en su art. 2 b) que el Reglamento se aplicará a “los usuarios de sistemas de IA que se encuentren en la Unión”; y, en su art. 2 c), que también resulta aplicable a los “usuarios de sistemas de IA que se encuentren en un tercer país, cuando la información de salida generado por el sistema se utilice en la Unión”.

¹⁶⁰ A. Pato, “The EU’s upcoming regulatory framework on Artificial Intelligence and its impact on PIL”, *EAPIL*, 12 julio 2021 [<https://eapil.org/2021/07/12/the-eus-upcoming-regulatory-framework-on-artificial-intelligence-and-its-impact-on-pil/>].

¹⁶¹ Art. 2, aps. a) y c) de la Propuesta de Reglamento sobre IA.

determinar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada del daño causado por ese sistema de IA.

La tercera, surge respecto a la condición que establece el Reglamento para su aplicación cuando el dispositivo de IA haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable. Esta redacción también plantea dificultades interpretativas respecto a la delimitación del concepto “considerables” y, en ausencia de una definición o interpretación autónoma y uniforme, habrá que acudir al derecho nacional y su jurisprudencia.

Por último, teniendo en cuenta el carácter unilateral de esta norma de conflicto, resulta evidente que el Reglamento no responde a la cuestión de cuando puede ser de aplicación un derecho extranjero en supuestos de responsabilidad extracontractual derivada del uso de los sistemas de IA; y tampoco sugiere la posibilidad de incorporar en otros instrumentos ya existentes una norma de conflicto específica en materia de reclamaciones derivadas del uso de la IA¹⁶², por lo que habría que acudir a las normas de Derecho internacional privado que con carácter general son de aplicación en esta materia, ya sea el Reglamento Roma II o los Convenios de La Haya de 1971 y 1973.

2. Interacción con el Reglamento Bruselas I bis, el Reglamento Roma II y los Convenios de La Haya

En primer lugar, hay que señalar que, al producirse el daño en el territorio de la Unión, la Propuesta de Reglamento establece una vinculación directa con uno de los 27 Estados miembros y, consecuentemente, con sus tribunales que podrán ser competentes en virtud del art. 7.2º del Reglamento Bruselas I bis (lugar de producción del hecho dañoso). La cuestión será determinar si esa norma prevalece sobre la aplicación de las disposiciones establecidas en el reglamento Bruselas I bis, en virtud del art. 67¹⁶³. En mi opinión, no se trata de normas incompatibles, pues la norma de la Propuesta de Reglamento está delimitando el lugar en el que se produjo el daño dentro del territorio de la Unión Europea lo que no empece para que el criterio general del domicilio del demandado previsto en el art. 4 del Reglamento Bruselas I bis pueda ser utilizado por el perjudicado si desease demandar ante esos tribunales.

¹⁶² M. Poesen, “Regulating artificial intelligence in the European Union: exploring the role of Private International Law”, X, *Recht in beweging – 29ste VRG–Alumnidag 2022* (Gompel & Svčina 2022), p. 5: [<https://ssrn.com/abstract=3959643>].

¹⁶³ El art. 67 RR I bis, reza así: “El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”. *Vid.*, al respecto, B. Cappiello, *AI-systems and non-contractual liability. A european private international law análisis*, Turín, Giappichelli, 2022, p. 36.

Por lo que respecta a la ley aplicable, la norma de conflicto unilateral prevista en la Propuesta de Reglamento prevalecerá sobre el Reglamento Roma II al tratarse de una disposición de Derecho comunitario aplicable a la responsabilidad derivada de las obligaciones extracontractuales¹⁶⁴, por lo que habrá que determinar cómo juega su aplicación con el resto de las normas de conflicto previstas en los instrumentos de Derecho internacional privado.

Como ya he señalado, la Propuesta delimita unilateralmente el ámbito territorial del Reglamento y limita la autonomía de la voluntad de las partes, al considerar nulos los acuerdos entre un operador de un sistema de IA y un perjudicado –persona física o jurídica– que eludan los derechos y obligaciones previstos en el Reglamento.

Por lo tanto, se aparta claramente del esquema diseñado por el Reglamento Roma II que permite la elección de la ley aplicable¹⁶⁵ y, en ausencia de la autonomía de la voluntad de las partes, diseña un sistema en el que se aplica como norma general la *lex loci damni*; como excepción, la aplicación de la ley de la residencia habitual común de las partes; y, como cláusula de escape, la ley del país con el que el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos¹⁶⁶.

Además, la responsabilidad derivada de los daños causados por productos defectuosos queda sujeta a normas de conflicto especiales en el propio Reglamento Roma II, donde se da preferencia al criterio de la residencia habitual de la persona perjudicada frente a la *lex loci damni* que es lo que hace la Propuesta de Reglamento¹⁶⁷.

Sin olvidar que, en el ámbito de la Unión Europea, junto a esta norma especial del Reglamento Roma II aplicable a la responsabilidad derivada de productos defectuosos, coexiste la aplicación del Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, que se aplica con carácter preferente al Reglamento Roma II por los jueces y tribunales de aquellos Estados miembros donde el Convenio se aplica¹⁶⁸. Convenio en el que se establecen normas de conflicto donde el punto de conexión de la residencia habitual de la persona perjudicada prevalece sobre el criterio de la *lex loci damni*.

Lo mismo sucede con la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los accidentes de tráfico transfronterizos, porque en este caso el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por

¹⁶⁴ El art. 27 RR II indica: “Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales”.

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 14.

¹⁶⁶ *Ibid.*, art. 4.

¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 5.

¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 28.

Carretera prevalece sobre la norma general del Reglamento Roma II en aquellos países donde el mismo es de aplicación. Si bien el Convenio establece como criterio general la *lex loci delicti*, hay que recordar que este principio queda sujeto a diversas excepciones que tendrán carácter preferente.

Y, de nuevo, teniendo en cuenta que los respectivos Convenios de La Haya de 1971 y 1973 no incorporan la autonomía de la voluntad de las partes, en aquellos casos en que se pretenda hacer uso de la misma habrá que acudir al Reglamento Roma II que, en su art. 14, permite a las partes someter la obligación extracontractual a la ley que elijan mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño o, cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que la relación de esta Propuesta con estos instrumentos seguirá planteando problemas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada del uso de los sistemas de IA aplicados a la conducción automatizada, porque, de una parte, los instrumentos ya existentes serán de aplicación con carácter general en aquellos casos no cubiertos por el art. 2.1º de la Propuesta de Reglamento, es decir, cuando el daño causado por un sistema de IA no tenga lugar en el territorio de la Unión Europea y, de otra, complicarán aún más la previsibilidad en los supuestos en los que los daños se produzcan dentro del territorio de la Unión, debido a la coexistencia de diversos instrumentos normativos de aplicación en esta materia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando la norma de conflicto de carácter unilateral que introduce la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA ¿Podría afirmarse que la misma resulta más ventajosa para el operador y menos beneficiosa para las personas perjudicadas por un sistema de IA?¹⁶⁹.

Al socaire de las normas de conflicto previstas en los diferentes instrumentos de Derecho internacional privado que hemos analizado, pudiese parecer que es así, pues la Propuesta de Reglamento no incluye la autonomía de la voluntad de las partes y, además, establece como única conexión la *lex loci damni*, evitando que puedan aplicarse otros puntos de conexión más favorables para el perjudicado como puede ser la residencia habitual o los vínculos manifiestamente más estrechos. Esta circunstancia resultará especialmente importante en aquellos

¹⁶⁹ Así lo considera J. Von Hein, “Forward to the Past: A Critical Note on the European Parliament’s Approach to Artificial Intelligence in Private International Law” [<https://conflictoflaws.net/2020/forward-to-the-past-a-critical-note-on-the-european-parliaments-approach-to-artificial-intelligence-in-private-international-law/?print=pdf>].

daños que, en el ámbito de los siniestros derivados de la conducción automatizada, puedan sufrir en el territorio de la Unión Europea personas que no tengan su residencia habitual en alguno de los Estados miembros, ya que en esos casos operará la extraterritorialidad del Reglamento, las partes no podrán elegir la ley aplicable y tampoco operará la ley de la residencia habitual de la persona perjudicada domiciliada en un tercer Estado.

A mayor abundamiento, la regla *lex loci damni* tampoco puede resultar la más apropiada para aquellos supuestos de daños producidos a través de internet, donde la localización física de los mismos resulta compleja o donde concurren diferentes lugares¹⁷⁰. Teniendo en cuenta que el daño ha podido verificarse en cualquier país de la Unión Europea (en el territorio de la Unión, tal y como dispone el art. 1 de la Propuesta de Reglamento) este hecho también tendría relevancia dependiendo de cuál sea la ley nacional aplicable y con independencia de que el propio Reglamento armoniza aspectos tan relevantes como los relativos al alcance de la indemnización y a los plazos de prescripción.

Pues bien, de conformidad con la Propuesta de Reglamento, esta norma de conflicto (*lex loci damni*) será de aplicación tanto a los supuestos de responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo –que se utilizarán en el sector de la conducción automatizada–, cuanto a los de responsabilidad subjetiva aplicables a otros sistemas de IA –aquellos que no constituyan un sistema de IA de alto riesgo–.

También resulta importante incidir sobre dos aspectos a los que la norma de conflicto unilateral prevista en la Propuesta de Reglamento no alcanzaría. Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal, esta norma afectará únicamente al “operador” –inicial y/o final–, porque el Reglamento se centra en las reclamaciones contra el operador de un sistema de IA. Esto significa que las reclamaciones contra productores de sistemas de IA defectuosos –las reclamaciones por responsabilidad civil se registrarán por la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos–, o terceros que interfieran utilizando el sistema de IA para causar daño –siempre que no tuviesen un control sobre los sistemas de IA–, seguirán rigiéndose por el sistema previsto en el Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1973.

Asimismo, la Propuesta incluye en su ámbito de aplicación los daños o perjuicios causados a la vida, la salud, la integridad física y los bienes de una persona física o jurídica, pero, al referirse a los daños morales requiere que estos sean considerables y que den lugar a una pérdida económica comprobable¹⁷¹; en

¹⁷⁰ Vid., el documento del British Institute of International and Comparative Law, “Study on the Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, p. 73.

¹⁷¹ Vid. art. 2.1º y cdo. 16, de la Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad sobre IA, donde señala que por daño moral significativo debe entenderse “...un daño como consecuencia del cual la persona afectada sufre un perjuicio considerable, un menoscabo objetivo y demostrable de sus

caso contrario, habrá que entender que quedan al margen de su aplicación y, por tanto, la responsabilidad civil derivada de estos daños quedará sujeta, igualmente, al Reglamento Roma II.

La cuestión, por tanto, es si debería reformarse y armonizarse el sistema legal en vigor con el fin de adaptarlo a los aspectos que concurren en la responsabilidad derivada de la conducción de vehículos automatizados –productos defectuosos, protección del consumidor,...– o será suficiente su aplicación tal y como actualmente se encuentran redactadas dichas normas con el fin de dar una respuesta adecuada a los retos y riesgos que se planteen en el futuro en este sector.

Al respecto, hay que señalar que el *High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union (GEAR 2030)* señalaba que el marco legal que proporciona la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos es suficiente, al menos, por lo que se refiere a los sistemas previstos hasta el año 2020, pero que a partir de ese momento la mencionada Directiva podía plantear problemas¹⁷², pues hay que recordar que data del año 1985 momento en el que el software no estaba tan desarrollado y ampliamente utilizado como en el momento actual, por lo que una actualización de la misma permitiría adaptar el marco legal a la robotización y automatización de nuestra sociedad¹⁷³.

En mi opinión, tal y como la Resolución del Parlamento Europeo propone, sería deseable la actualización de la Directiva 85/374 pues, a pesar del desarrollo y aplicación que ha tenido durante más de 30 años, se hace necesaria su adaptación al mundo digital adaptando al uso de los sistemas de IA aspectos y conceptos tan relevantes en su ámbito de aplicación como son: producto, productor, defecto o daño; o bien otros que no se encuentran cubiertos por la mencionada norma, ya que se trata de figuras que han aparecido con posterioridad a su adopción: programadores, desarrolladores, operadores,... Todo ello, con el fin de conseguir una coordinación y armonización adecuada de los regímenes de responsabilidad civil aplicables a los sistemas de IA en la UE¹⁷⁴.

Por otra parte, la Directiva 2009/103 (modificada por la Directiva 2021/2118) seguirá aplicando a los vehículos automatizados el sistema basado en el seguro obligatorio. Es cierto que se ha de producir un cambio de modelo, teniendo en

intereses personales y una pérdida económica calculada teniendo en cuenta, por ejemplo, las cifras medias anuales de ingresos anteriores y otras circunstancias pertinentes”.

¹⁷² Vid. el documento “Ensuring that Europe has the most competitive, innovative and sustainable automotive industry of the 2030s and beyond”, *The Report of the High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union (GEAR 2030)*, octubre 2017 [<<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26081>>].

¹⁷³ J. De Bruyne y J. Werbrouk, “Merging self-driving cars with the law”, *Computer Law & Security Review*, 34, 2018, pp. 1152 [<<https://daneshyari.com/article/preview/10225866.pdf>>].

¹⁷⁴ Vid. punto 8 de la Resolución del Parlamento de 2020 y cod. 8, 9 y 23 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA.

cuenta el sistema de responsabilidad objetiva de los operadores de sistemas de IA introducido por la Propuesta de Reglamento, de tal forma que la obligación de aseguramiento recaerá en el propietario del vehículo o en el fabricante dependiendo de su grado de automatización y de la intervención del elemento humano en la conducción.

Porque, en el marco de la Propuesta de Reglamento, se considerará operador final al propietario del vehículo en tanto en cuanto ejerza un control sobre el riesgo asociado al funcionamiento del sistema de IA en el vehículo autónomo, y operador inicial a su fabricante que ha definido las características tecnológicas del mismo y ejerce un grado de control sobre el riesgo y funcionamiento del sistema de IA. Ahora bien, este régimen de responsabilidad podría afectar negativamente al propietario y al fabricante del vehículo autónomo porque, si se considera que ellos siguen siendo los operadores iniciales y/o finales, se verán obligados a responder por los daños causados por unos vehículos sobre los que ya no retienen ningún tipo de control.

Consecuentemente, y con el fin de buscar soluciones a esta situación, podría plantearse el deber de aseguramiento de los vehículos por parte de los fabricantes. A su vez, tanto el fabricante cuanto el propietario podrá actuar contra terceros, también operadores, si fuesen los responsables directos del daño, por ejemplo, el fabricante del software instalado en el vehículo o el hacker que ha modificado el sistema. Y, en cualquier caso, podría decirse que en la práctica y al amparo de la Directiva 2009/103 el responsable directo por el daño causado por el vehículo autónomo seguirá siendo la compañía aseguradora del mismo.

En el ámbito internacional, hay que señalar que la Convención de Viena de 1968 sobre la Circulación vial representa un obstáculo legal, al menos para la conducción de los vehículos totalmente automatizados, en tanto en cuanto siga manteniendo la presencia obligatoria del “conductor”.

En fin, por lo que respecta a las disposiciones en materia de Derecho internacional privado actualmente en vigor, estas deberían bastar para dar una respuesta adecuada a las cuestiones de responsabilidad no contractual derivadas del uso de la IA y, por consiguiente, a los problemas que plantea la determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual derivada de los siniestros en los que intervengan vehículos automatizados. Pese a ello, se impone una mejor coordinación de estos instrumentos, por lo que sería aconsejable acabar con la dispersión que representa la coexistencia del Reglamento Roma II con los Convenios de la Haya de 1971 y 1973 y, en el caso de plantear nuevas iniciativas legislativas como la Propuesta de Reglamento, que esta siguiese los mismos criterios que establecen los instrumentos antes señalados con el fin de evitar que esa dispersión legislativa pueda hacer más difícil la ya compleja aplicación de estas normas.

BIBLIOGRAFÍA

- Cappiello, B.: *AI-systems and non-contractual liability. A european private international law análisis*, Turin, Giappichelli, 2022, 240 pp.
- De Bruyne, J., y Werbrouk, J.: “Merging self-driving cars with the law”, *Computer Law & Security Review* 34 (2018), pp. 1150–1153 [<https://daneshyari.com/article/preview/10225866.pdf>].
- De Miguel Asensio, P.: “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *La Ley Unión: Europea*, n° 92, mayo 2021. pp. 1–8.
- Dickinson, A.: *The Rome II Regulation: The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press. 2008.
- Evas, T.: “A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles”, European Parliament, february 2018 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU\(2018\)615635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU(2018)615635_EN.pdf)].
- Herrera de las Heras, R.: *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, Protección de datos y Responsabilidad Civil*, Madrid, Dykinson, 2022, 121 pp.
- Huber, P. y Illmer, M.: “International Product Liability. A Commentary on Article 5 of The Rome II Regulation”, 2007, vol. 9, pp. 37–38.
- Illmer, M.: “The New European Private International Law of Product Liability—Steering Through Troubled Waters”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, vol. 73, n° 2. pp. 269–313.
- Kadner Graziano, T.: “Cross-border Traffic Accidents in the EU— the Potential Impact of Driverless Cars, European Parliament— Directorate—General for Internal Policies of the Union. Brussels, 2016, pp. 1–68, [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571362/IPOL_STU\(2016\)571362_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571362/IPOL_STU(2016)571362_EN.pdf)].
- Kadner Graziano, T.: “The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability—Interaction, conflicts and future perspectives”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2008, pp. 425–429, [https://www.biicl.org/files/5200_graziano_27-09-10_biicl_1.pdf].
- Navas Navarro, S.: *Daños ocasionados por sistemas de Inteligencia Artificial*, Granada, Comares, 2022, 125 pp.
- Nevejans, N.: “European Civil Law Rules in Robotics”, Study, Directorate –General for the internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and Constitutional affairs, Legal affairs, 2016, pp. 1–34 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf)].
- Pato, A.: “The EU’s upcoming regulatory framework on Artificial Intelligence and its impact on PIL”, *EAPIL*, 12 julio 2021 [<https://eapil.org/2021/07/12/the-eus-upcoming-regulatory-framework-on-artificial-intelligence-and-its-impact-on-pil/>].
- Plender, R. y Wilderspin, M.: *The European Private International Law of Obligations*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 551.
- Poesen, M.: “Regulating artificial intelligence in the European Union: exploring the role of Private International Law”, X, Recht in beweging – 29ste VRG–Alumnidag 2022 (Gompel & Svčina 2022), pp. 1–11 [<https://ssrn.com/abstract=3959643>].
- Smith, B.W.: “Automated vehicles are probably legal in the United States”, *Texas, A & M Law Review*, 2014, vol. 1, pp. 411–521 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303904].

- Stone, P.: “Product Liability under the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy, (eds.) *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, 2009, Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 181.
- Swierczynski, M., y Żarnowiec Ł.: “Law applicable to liability for damages due to traffic accidents involving autonomous vehicles”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 14, 2020, pp. 177–200 [<https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/12425>].
- Vellinga, N. E.: “Automated driving and its challenges to international traffic law: which way to go?”, *Law, Innovation and Technology*, 2019, vol. 11, n° 2, pp. 257–278 [https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/100682397/Automated_driving_and_its_challenges_to_international_traffic_law_which_way_to_go.pdf].
- Vellinga, N.E.: “Legal Aspects of Automated Driving: On Drivers, Producers, and Public Authorities”, 2020, University of Groningen, pp. 39–80 [<https://doi.org/10.33612/diss.112916838>].
- Von Hein, J.: “Forward to the Past: A Critical Note on the European Parliament’s Approach to Artificial Intelligence in Private International Law” [<https://conflictoflaws.net/2020/forward-to-the-past-a-critical-note-on-the-european-parliaments-approach-to-artificial-intelligence-in-private-international-law/?print=pdf>].
- Von Ungem–Sternberg, A.: “Autonomous Driving: Regulatory Challenges Raised by Artificial Decision–Making and Tragic Choices”; en Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (Eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 251–278 [<https://ssrn.com/abstract=3049653>].

DOCUMENTOS

- British Institute of International and Comparative Law: “Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations”, *British Institute of International and Comparative Law*, 10 abril 2021, pp. 1–824 [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/11043f63-200c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1>].
- Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Inteligencia Artificial para Europa, COM (2018) 237 final, de 25.04.2018, p. 1 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>].
- Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2011–2020, COM (2010) 389 final, de 20.07.2010 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0389>].
- Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada, COM (2016) 766 final, de 30.11.2016 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0766>].
- Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro, COM (2018) 283 final, de 17.05.2018 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0283>].
- Comisión Europea: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial)

Doc. COM (2021) 206 final, de 21.04.2021 [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF].

KPMG: “Market place of change: Automobile insurance in the era of autonomous vehicles”, White Paper, Octubre 2015, pp. 1–52 [<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/id-market-place-of-change-automobile-insurance-in-the-era-of-autonomous-vehicles.pdf>].

—: “The Chaotic Middle, the autonomous vehicle and disruption in automobile insurance”, Junio 2017, pp. 1–64 [<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2017/06/chaotic-middle-autonomous-vehicle-paper.pdf>].

Recibido: 30 junio 2022
Aceptado: 3 agosto 2022

La Ley aplicable a la cadena de bloques

Matthias LEHMANN *

SUMARIO: I. Introducción: 1. ¿Que es la cadena de bloques?. 2. Cuestiones de DIPr planteadas. II. El problema de la caracterización. 1. Dinero. 2. Valores. 3. Créditos. 4. Bienes tangibles. 5. Datos. 6. Instrumentos negociables. 7. Activo incorpóreo. 8. Conclusión intermedia. III. El problema de la localización. 1. Una forma de evitar la localización: la autonomía de las partes. 2. El lugar de los nodos. 3. El lugar del emisor. 4. El lugar del operador central. 5. El lugar de las claves privadas. 6. El lugar del programador. 7. El estado de la supervisión. 8. Conclusión intermedia. IV. Una propuesta: ¡Pensar en las relaciones jurídicas!. 1. Una idea no tan novedosa. 2. Obligaciones contractuales. 3. Daños. 4. Enriquecimiento injusto. 5. Sucesión. 6. Insolvencia. 7. ¿Derecho de propiedad?. V. Resumen.

RESUMEN: *La cuestión de qué ley se aplica a la cadena de bloques es una de las más espinosas del Derecho internacional privado. Esta contribución analiza la calificación adecuada de los activos y las transferencias de la cadena de bloques así que el factor de conexión más apropiado para vincularlos a una Ley aplicable. El análisis llega a la conclusión de que la gran mayoría de las cuestiones jurídicas pueden resolverse utilizando las normas de conflicto tradicionales, sin necesidad de localizar la cadena de bloques o los activos registrados en ella como tales.*

PALABRAS CLAVE: CADENA DE BLOQUES – CRIPTOMONEDAS – CRIPTOACTIVOS – TOKEN – OIM – TECNOLOGÍA DE LIBRO MAYOR DISTRIBUIDO – TRASFERENCIA – INSOLVENCIA – SUCESIÓN – LUGAR DE LOS DAÑOS – LUGAR DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

ABSTRACT: *The question which law applies to the blockchain is one of the thorniest questions of private international law. This contribution discusses the proper qualification of blockchain assets and transfers and the most appropriate connecting factor to link them to a governing state law. It concludes that the bulk of legal questions may be solved using traditional conflicts rules, without the need to localise the blockchain or the assets registered on it as such.*

KEYWORDS: BLOCKCHAIN – CRYPTOCURRENCIES – CRYPTOASSETS – TOKEN – ICO – DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY (DLT) – TRANSFER – INSOLVENCY – SUCCESSION – PLACE OF DAMAGE – PLACE OF UNJUST ENRICHMENT.

* DDr. de Derecho (Universidad de Jena y Columbia University), D.E.A. (Université Panthéon-Assas, Paris II), LL.M. (Columbia University), catedrático, Universidad de Viena, Instituto de derecho europeo, internacional y comparado. Quiero agradecer a Dra. Davinia Cadenas Osuna por su ayuda con la traducción del manuscrito y al Señor Laurenz Faber para la redacción de la bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. ¿Qué es la cadena de bloques?

La la cadena de bloques (blockchain) es una emanación de la Tecnología de Libro Mayor Distribuido (*Distributed Ledger Technology* o *DLT*).¹ La DLT es una combinación de tecnología criptográfica y de almacenamiento y validación de información por parte de una red de ordenadores (los llamados “nodos”) repartidos por todo el mundo.² La DLT proporciona un relato de los acontecimientos del pasado que resulta fiable y con el que están de acuerdo todos los participantes de la red.

La blockchain es, en esencia, una base de datos que registra eventos de forma permanente e inmutable. Puede utilizarse para almacenar todo tipo de información, desde transferencias de pagos hasta datos sanitarios. Como consecuencia del uso de la DLT, la información registrada en la blockchain es muy difícil de corromper. La blockchain ha propiciado la creación de “criptoactivos”, que son de dos tipos: Los activos del primer tipo son los criptomonedas, como el Bitcoin, el Ether, que sirven a menudo como medio de pago, no tienen emisor y disponen de redes solamente dedicados a ellos. Los activos del segundo tipo son los “tokens”, eso es decir valores digitales emitidos a través de las Ofertas Iniciales de Monedas (OIM) por un emisor normalmente conocido y que son basados en una red en que se paga con otra criptomoneda (en la gran mayoría de casos, en la red Ethereum con la criptomoneda Ether). Estos activos son valorados por los participantes de la red y por terceros y son fácilmente transferibles, independientemente de las fronteras estatales, mediante de la utilización de dos claves criptograficos, el clave publico y el clave privado, que se pueden comparar, *cum grano salis*, a la IBAN y la PIN en las trasferencias bancarias.

¹ Para una definición concisa, *Vid.* A.M. Antopoulos, *Mastering Bitcoin*, O'Reilly, 2015, p. 15, 24; *Vid.* sobre las diferentes definiciones de DLT: M. Rauchs, A. Glidden, B. Gordon, G. Pieters, M. Recanatini, F. Rostand, K. Vagneur y B. Zhang, “Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework”, (agosto de 2018), p. 15, <[<https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>] (última consulta: 29/06/2022); R. Maull, Ph. Godsiff, C. Mulligan, A. Brown, B. Kewell, “Distributed ledger technology: Applications and implications”, 26 *Strategic Change*, 2017, p. 481 (483 ss.); C. Antal, T. Ciara, L. Anghel, M. Antal e L. Salomie, “Distributed Ledger Technology Review and Decentralized Applications Development Guidelines”, 13 *Future Internet*, 2021, p. 62.

² M. Rauchs, A. Glidden, B. Gordon, G. Pieters, M. Recanatini, F. Rostand, K. Vagneur y B. Zhang, “Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework” (agosto de 2018), pp. 21 ss.

2. Cuestiones de DIPr planteadas

La DLT es una tecnología y, como tal, no es necesario determinar un Derecho privado aplicable a ella. No obstante, las emanaciones de la DLT—especialmente, el blockchain— plantean problemas jurídicos, no solo desde el punto de vista del Derecho internacional privado, sino también del Derecho privado. Esos problemas son relacionados tanto a los valores registrados en la blockchain—los criptoactivos—, tanto a las transferencias de ellos mediante el clave público y el clave privado.

Un grupo de problemas surge de eventos que no están y no son capaz de estar registrados en la cadena de bloques y, por lo tanto, podrían denominarse “problemas exógenos”³. Un ejemplo es la insolvencia de un intermediario, como un proveedor de carteras o una bolsa de criptomonedas que actúa como custodio de los criptoactivos⁴. Pueden surgir problemas de conflicto de leyes, por ejemplo, al decidir la cuestión preliminar de si un acreedor obtuvo el bitcoin o no. Otra hipótesis de problema exógeno es la sucesión. Con el auge del Bitcoin y otras monedas virtuales, son cada vez más frecuentes las situaciones en las que el titular de los criptoactivos fallece y sus herederos exigen a un custodio el acceso a esos criptoactivos. La cuestión es entonces con arreglo a qué Ley pueden llevar a cabo su reclamación.

Otros tipos de problemas están relacionados con eventos registrados en la propia cadena de bloques y, por tanto, podrían denominarse “endógenos”. Son frecuentes los problemas derivados, por ejemplo, del robo de criptodivisas, que, a pesar de su nombre, tiene poco parecido con el robo de un objeto físico y, más bien, se compara con la adquisición de acceso sobre la moneda y su transferencia⁵. Cuestiones similares se plantean en caso de fraude o chantaje, ya que el chantajista exige cada vez con más frecuencia el pago en criptodivisas⁶. Otros problemas endógenos son más mundanos. Por ejemplo, es posible que una parte transfiera por error más criptodivisa de la que quería, o a una dirección pública equivocada. Tampoco es descabellado imaginar que un menor o alguna otra persona sin capacidad legal transfiera criptoactivos.

³ M. Lehmann, “Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain” 21 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2020, p. 93.

⁴ Un caso ilustrativo es la quiebra de Mt. Gox, que solicitó la reestructuración en 2014. *Vid.* Tribunal de Distrito de Tokio, Heisei 26 (Año de 2014), (Wa)33320 Sentencia de la División Civil 28, 5 agosto 2015 (Año de Heisei 27), traducción al inglés [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/mtgox_judgment_final.pdf] (última consulta: 29/06/2022).

⁵ *Vid.* caso *Fetch.AI et al. v Persons Unknown et al.*, [2021] EWHC 2254 (Comm), párrafo 3.

⁶ *Vid.* caso *AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin* [2019] EWHC 3556 (Comm) (13 December 2019), párrafos 2–15.

En todas estas situaciones, surge el problema de la Ley aplicable: ¿Qué Ley se aplica a las transferencias erróneas? ¿Qué Ley rige la reclamación de restitución de un transmitente sin capacidad suficiente? ¿Y qué sistema jurídico rige la sucesión en los criptoactivos? En todos estos casos, es necesario identificar un sistema jurídico preciso que ofrezca una solución. La red blockchain ha creado una serie de problemas jurídicos que requieren una respuesta precisa.

A continuación, se estudiará en qué medida el Derecho internacional privado (DIPr) es capaz de dar cabida a los nuevos fenómenos, identificando una Ley con vínculo estrecho a ellos. Para dar una respuesta a esta pregunta es necesario, en conformidad con la metodología clásica del DIPr, de analizar dos cuestiones: la primera es cómo caracterizar los criptovalores registrados en la blockchain (parte II). La segunda pregunta es como identificar la Ley aplicable a esos criptovalores, lo que podría necesitar su localización, que será complicado debido a su naturaleza intangible y no-nacional (III). En tercer lugar, ofreceré una solución pragmática a los problemas planteados en consonancia con los principios generales del DIPr (IV).

II. EL PROBLEMA DE LA CARACTERIZACIÓN

El DIP moderno funciona clasificando las cuestiones mediante la “caracterización”. Éste es el proceso por el que las cuestiones que surgen en los casos prácticos se asignan a su categoría jurídica correcta.⁷ La categoría está definida por la estructura de DIP y decide sobre el factor de conexión que se utilizará para determinar la ley aplicable. Por lo tanto, la caracterización no es más que otra palabra para seleccionar la norma de conflicto de leyes adecuada.

En la actualidad, se admite que la caracterización no debe ceñirse estrictamente a las categorías de la *lex fori*, sino que ha de hacerse sobre una base internacional teniendo en cuenta las categorías de las leyes extranjeras.⁸ También es sabido que la categoría adecuada debe elegirse teniendo en cuenta las normas de conflicto de leyes y el factor de conexión al que conduciría⁹. Esto es indispensable para evitar divergencias entre los distintos Estados en la determinación de la Ley aplicable. En el caso del DIP de la UE, el objetivo de armonización implica, además, que hay que

⁷ C. Otero-García Castrillon y P. Torremans, P. Torremans y J. J. Fawcett (eds. generales), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 15ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 42; D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé*, vol 1, 4ª ed., Presses Universitaires de France, 2017, p. 459; J. Carrascosa González y A.-L. Calvo Caravaca, *Derecho internacional privado*, vol 1, 15ª ed., Comares, 2014, p. 407.

⁸ J. Carrascosa González y A.-L. Calvo Caravaca, *op. cit.*, n. 7, pp. 410–411; D. Bureau y H. Muir Watt, *op. cit.*, n. 7, p. 460; P. Torremans y J. J. Fawcett, *op. cit.*, n. 7, pp. 43–44.

⁹ D. Bureau y H. Muir Watt, *op. cit.*, n. 7, p. 459.

interpretar las categorías de las normas de conflicto de forma autónoma, es decir, independientemente de los conceptos y teorías de un Estado miembro concreto¹⁰.

La aparición de la cadena de bloques ha dado lugar a una serie de problemas de difícil caracterización. Los más evidentes se refieren a los criptoactivos, es decir, las criptomonedas y los tokens. Estos nuevos fenómenos son difíciles de clasificar en términos de conflicto de leyes. ¿Son dinero? ¿O valores? ¿O créditos? La respuesta a esta pregunta determinar las normas de Derecho aplicables.

1. Dinero

Un candidato obvio para la caracterización por lo menos de las criptomonedas como Bitcoin o Ether es el dinero. El dinero desempeña un papel importante en el Derecho internacional privado. Hay normas de conflicto peculiares y factores de conexión que están asociados a él.

Quizás la más conocida entre estas normas especiales de conflicto es la aplicación de la *lex monetae*, según la cual el contenido de una determinada moneda en la que se expresa una obligación monetaria se define por la Ley del Estado emisor de la moneda.¹¹ Sin duda, la referencia a la *lex monetae* se adapta mal a las criptomonedas.¹² Estas últimas no tienen un Estado como emisor, por lo que la referencia a su sistema jurídico conduce al vacío, a menos que se esté dispuesto a aceptar la existencia de una *lex cryptographica*, un sistema jurídico específicamente diseñado para la blockchain¹³. Al igual que su homónima, la *lex mercatoria*, dicha ley es, sin embargo, una quimera.

2. Valores

Además de ser medios de pago, los criptoactivos también se utilizan como objetos de inversión. Por tanto, podrían clasificarse adecuadamente como “valores” o “instrumentos financieros”, al igual que las acciones y los bonos.

¹⁰ *Ibid.*, p. 468.

¹¹ Art. 147(1) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza; Ch. Proctor, *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 366; L. Collins y J. Harris (eds. generales), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012, párrafos 37R-001; C. Kleiner, “Money and Currency”, en Jürgen Basedow et al (eds. generales), *Encyclopedia of Private International Law*, vol 2, Edward Elgar, 2017, p. 1259.

¹² A. Dickinson, “Cryptocurrencies and the Conflict of Laws”, en David Fox y Sarah Green (eds.), *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 93, 120.

¹³ *Vid.* la propuesta de P. De Filippi y A. Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.

En el DIP, los valores raramente se tratan como una categoría uniforme, sino que se clasifican en tipos específicos.¹⁴ Sólo unas pocas normas se aplican a todos los tipos de valores. Entre ellas se encuentran especialmente las relativas a los valores depositados en los sistemas de tenencia intermediados.¹⁵ Además, el Reglamento Roma I contiene una norma relativa a las obligaciones contractuales derivadas de la negociación de instrumentos financieros en las bolsas de valores y otros sistemas de negociación.¹⁶

Caracterizar los criptoactivos como valores y aplicar a los primeros las normas de conflicto concebidas para los segundos plantea ciertas dificultades. Una de ellas es que la mayoría de los criptoactivos no incorporan derechos de los accionistas o de los obligacionistas que puedan reclamarse contra un emisor. La otra es que las normas de conflicto para valores o instrumentos financieros suelen referirse al lugar del intermediario¹⁷. El objetivo de la cadena de bloques, sin embargo, es superar la necesidad de intermediarios y permitir las transacciones directas entre dos partes (*peer-to-peer*).

3. Créditos

A veces se discute si las criptomonedas y otros criptoactivos pueden considerarse “créditos”.¹⁸ La idea es que ambos son activos intangibles. El resultado de esta caracterización sería la aplicabilidad de las normas de DIP para la cesión de créditos a la transferencia de criptoactivos.

Los problemas de estas normas son bien conocidos. Las normas de conflicto para la cesión establecidas en el art. 14 Reglamento Roma I presentan lagunas, ya que no identifican la Ley que regula los efectos de la cesión frente a terceros.¹⁹

¹⁴ Vid. M. Lehmann, “Bonds and loans”, en Jürgen Basedow et al (eds. generales), *Encyclopedia of Private International Law*, vol 1, Edward Elgar, 2017, pp. 216–217.

¹⁵ Vid. el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, de 5 julio 2006 (no firmado por la UE). Vid. también el ap. 2 del art. 9 de la Directiva sobre la firmeza de la liquidación (Directiva 1998/26/CE, de 19 mayo 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DO L 166/45) y el art. 9 de la Directiva sobre garantías financieras (Directiva 2002/47/CE, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DO L 168/43).

¹⁶ Arts. 4(1)(h) del Reglamento Roma I.

¹⁷ Vid., v.gr., el famoso *Place of the Relevant Intermediary Approach* (PRIMA), en el que se basa el Convenio de La Haya sobre los Valores Intermediados, o el *Account-Based Approach*, que está en el centro de la Directiva de Firmeza (Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 mayo 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DO L 166 de 11.6.1998, p. 45) y la Directiva de Garantías Financieras (Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DO L 168 de 27.6.2002, p. 43).

¹⁸ Financial Markets Law Committee (FMLC), “Distributed Ledger Technology and Governing Law: Issues of Legal Uncertainty”, 2018, p. 17 [http://fmcl.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf] (última consulta: 29/06/2022).

¹⁹ STJUE, 9 octubre 2019, asunto C–548/18, *BGL BNP Paribas contra TeamBank*, ap. 38.

Una propuesta de la Comisión realizada el 12 marzo 2018 sigue a la espera de ser adoptada.²⁰

Sin embargo, no es necesario detenerse mucho en estas normas. La dificultad básica es que las normas de conflicto para la cesión no se ajustan a la mayoría de los criptoactivos, como los criptomonedas, ya que no representan una reclamación contra una otra persona.

4. Bienes tangibles

Otra posibilidad sería asimilar los criptoactivos a los objetos muebles que son objeto de derechos de propiedad. Esto se sugiere a veces en el Derecho sustantivo para conceder a los titulares de dichos activos la misma protección que al propietario de activos tangibles.²¹

Si embargo, esta analogía no puede extenderse al DIP. Las normas de conflicto en materia de propiedad de los bienes muebles exigen la aplicación de la ley de la locación del bien (*lex rei sitae*). Como se demostrará más adelante, dicha localización no puede determinarse para los bienes que existen exclusivamente en un libro de contabilidad descentralizado.

5. Datos

Una idea muy diferente es clasificar los criptoactivos como datos. Este enfoque parece estar en consonancia con la naturaleza intangible de estos fenómenos: al fin y al cabo, un “Bitcoin” u otra criptomoneda puede descomponerse en una cadena de números y letras. Además, la ley de protección de datos protege el secreto de la información. Esto podría proporcionar un terreno jurídico fértil para salvaguardar el acceso exclusivo del titular de los criptoactivos a la clave privada.

Sin embargo, esta caracterización es problemática, principalmente por dos razones: en primer lugar, las normas de conflicto para la protección de datos aún deben desarrollarse; en segundo lugar, los criptoactivos son algo más que datos, pues representan un activo.

Por lo tanto, no es aconsejable considerar los criptoactivos como datos a efectos del DIP.

²⁰ Comisión Europea, Propuesta de 12 marzo 2018, COM(2018) 96 final. Sobre esta propuesta, *Vid.*, por ejemplo, M. Lehmann, “Assignment and conflict of laws: the new commission proposal”, *Journal of International Banking and Financial Law*, 2018, pp. 370–372.

²¹ *Vid.*, v.gr., el ap. 3 del art. 2 de la Ley alemana sobre valores electrónicos (*Gesetz über elektronische Wertpapiere*).

6. Instrumentos negociables

Otra posibilidad consiste en caracterizar los criptoactivos como instrumentos negociables. Aparentemente, esto tendría una serie de ventajas: los criptoactivos son muy comerciables y negociables, y la categoría de instrumentos negociables permitiría tratarlos a todos bajo una única categoría.

Sin embargo, los ejemplos de instrumentos negociables citados en el Reglamento de Roma –letras de cambio, cheques y pagarés²²– muestran que esta categoría abarca instrumentos de otra época, que tradicionalmente se plasmaban en un papel. Pero los criptoactivos no están plasmados en un papel y, por ende, falta una de las principales características de los instrumentos negociables, que hace posible su localización.

7. Activo incorpóreo

Otra solución para categorizar las criptomonedas y otros activos en la cadena de bloques (blockchain) sería llamarlos simplemente “activo incorpóreo” (*bien incorporel; unkörperlicher Vermögenswert*). El problema de esta caracterización es que no existe tal categoría en el conflicto de leyes. Existen normas especiales para la propiedad intelectual, pero no para otros bienes de naturaleza inmaterial. También hay que dudar de que todos los bienes incorpóreos puedan ser tratados de la misma manera. Los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, pueden seguir normas de conflicto de leyes muy diferentes a las de los criptoactivos registrados en una cadena de bloques.

8. Conclusión intermedia

Esta visión general de las distintas caracterizaciones posibles de los activos de blockchain puede parecer confusa. Ni siquiera es exhaustiva, ya que se puede hablar de otras caracterizaciones, por ejemplo, las de participación en una asociación no constituida.²³ Así pues, el anterior listado se ha expuesto para demostrar un punto importante: no existe una categoría única que se ajuste a este nuevo tipo de activos. Algunos de ellos pueden ser instrumentos financieros, otros se asemejan a instrumentos negociables para la transferencia de activos tangibles, y otros no pueden encajar en ninguna categoría.

El resultado de este debate es que no existe una solución milagrosa en lo que respecta a la caracterización jurídica de los criptoactivos. Ninguna de las

²² Vid. el art. 1.2º.d) Reglamento Roma I.

²³ Vid. A. Held, “Private Keys v Blockchains: What Is a Cryptoasset in Law?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, 2020, pp. 247, 251.

categorías existentes del DIPr es capaz de identificar un derecho adecuado para regir todos de esos nuevos fenómenos. Es demasiado pronto para decidir si en el futuro veremos la aparición de una categoría general de conflictos para todos los criptoactivos o bien para la categoría más larga de “activos digitales”, o si la Ley se desarrollará en la dirección opuesta y refinará la diferenciación entre varios tipos.

III. EL PROBLEMA DE LA LOCALIZACIÓN

Si dejamos el problema de la categorización de las criptoactivas, suponiendo que sea posible de crear una categoría nueva adecuada para todos de ellas, se vislumbra una cuestión aún mayor: la de encontrar el factor de conexión adecuado para esos fenómenos. Bitcoin, la primera blockchain del mundo, fue concebido como un mecanismo de transferencia no-nacional. Su creador, que escribió bajo el pseudónimo de *Satoshi Nakamoto*, ha evitado conscientemente vincular la red a ningún Estado concreto. En su lugar, tanto Bitcoin como la mayoría de las demás blockchain operan de forma totalmente descentralizada: todas las transferencias son verificadas y registradas simultáneamente por ordenadores distribuidos por todo el planeta. Esto se pensó que era esencial para frustrar la posibilidad de un ataque de un Estado o un actor privado a la red.

El carácter verdaderamente global de la cadena de bloques crea enormes dificultades para el DIP. Éste se basa en la idea de que debe aplicarse la Ley del Estado con el vínculo más estrecho o la conexión más significativa a los hechos relevantes²⁴. Por su parte, la blockchain parece estar conectada por igual a todos los países del mundo, o a ninguno. Existen, sin embargo, algunas soluciones posibles, que se discutirán a continuación.

1. Una forma de evitar la localización: la autonomía de las partes

Cuando una situación presenta conexiones igualmente fuertes con varios sistemas jurídicos, una solución adecuada suele ser permitir a las partes elegir la Ley aplicable. El principio de la autonomía de la voluntad es bien conocido en el Derecho de las obligaciones contractuales, pero el DIPr de la UE lo reconoce también en otros ámbitos, como en el de las obligaciones extracontractuales (por ejemplo, los daños), en el Derecho de familia y en el

²⁴ Vid. ya F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, 1849, p. 27 ss, 108 (hablando de la “sede” de la relación jurídica).

Derecho de sucesiones²⁵. También puede resultar la solución adecuada para la identificación de la Ley aplicable a los criptoactivos y su transmisión²⁶.

Como cuestión inicial podría objetarse que esas cuestiones se rigen, en el derecho sustantivo, por el derecho de propiedad, en el cual la autonomía de las partes es normalmente excluida, dado que los derechos de propiedad son efectivos *erga omnes*, lo que significa que afectan a los derechos y obligaciones de terceros²⁷. Por lo tanto, dejar la Ley aplicable a la elección de dos partes puede considerarse imposible o inapropiado. Esta objeción es pertinente en el mundo real, en el que el Derecho de propiedad aplicable es fácilmente identificable a través de la ubicación de un bien. Pero tiene menos peso en el mundo virtual, en el que los bienes no son “visibles” para terceros antes de que hayan entrado en el sistema electrónico en el que están registrados. Se podría suponer fácilmente que los participantes en un sistema de este tipo hayan aceptado las reglas bajo las que funciona el sistema. Es cierto que no todos los interesados en los activos de la cadena de bloques participan en la red. Los acreedores del titular de los criptoactivos pueden, por ejemplo, estar interesados en embargarlos sin haberse inscrito en la red. Aun así, dado que los activos sólo existen en la blockchain, no parece del todo descabellados considerarlos sujetos a las normas que la rigen.

El problema es otro. Prácticamente ninguna de las principales redes de blockchain existentes se ha sometido explícita o implícitamente a una Ley nacional debido al espíritu antigubernamental de los entusiastas de la cadena de bloques. Elegir una Ley aplicable sería difícilmente compatible con su creencia en la naturaleza apátrida de la tecnología: sería una gran contradicción que sometieran su red supuestamente no-nacional y alegal a un sistema jurídico nacional. La situación es diferente para las redes “autorizadas” (*permissioned networks*), que pueden basarse expresamente en la Ley de alguna jurisdicción específica²⁸. Se trata de redes a las que los participantes no pueden adherirse libremente, sino que necesitan la autorización de alguna autoridad central²⁹.

²⁵ Arts. 14 del Reglamento Roma II; Arts. 5 del Reglamento Roma III; Arts. 22 del Reglamento de Sucesión.

²⁶ *Vid.*, v.gr., A. Dickinson (*op. cit.*, n. 13), p. 107, párrafo 5.36; FMLC (*op. cit.*, n. 19), p. 15 párrafo 6.5; Ph. Paech, “The International Law of Digital Asset Settlement – Functional Analysis and Draft Legal Principles”, 2019, p. 10 [<https://ssrn.com/abstract=2792639>] (última consulta: 29/06/2022).

²⁷ *Vid.* E.-M. Kieninger, “Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2008, pp. 182, 192.

²⁸ *Vid.*, v.gr., la red blockchain Corda desarrollada por R3; ISDA, “Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology”, 2020, p. 22 <[<https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf>]>] (última consulta: 29/06/2022).

²⁹ *Vid.* FMLC (*op. cit.*, n. 19), p. 17; la terminología no es uniforme. A menudo, se utilizan nociones como blockchain “privado” o “cerrado”. Sin embargo, éstas pueden entenderse más bien como relativas

Por lo tanto, no es la imposibilidad teórica sino la escasez de elección de Ley en la práctica lo que explica que el principio de autonomía de la voluntad no dé una respuesta satisfactoria para la identificación de la Ley aplicable en la mayoría de los casos. Esto no excluye que el principio pueda ser útil cuando la elección se haya integrado en su red. Entonces habría que averiguar cuándo y cómo los participantes aceptan la cláusula de elección de Ley. ¿Basta con la mera descarga de un protocolo? ¿O es necesaria una aceptación explícita? ¿Y si un participante no tiene capacidad suficiente o sólo transfiere criptoactivos a través de un intermediario? Este breve debate muestra que siguen existiendo numerosos problemas incluso si se acepta la elección autónoma de la Ley como determinante.

2. El lugar de los nodos

Si bien es cierto que la cadena de bloques se almacena en los nodos conectados a la red y, por lo tanto, “existe” en el lugar en el que se encuentran los nodos, este lugar se puede descartar con relativa rapidez a efectos del DIPr. La razón es sencilla: los nodos realizan funciones idénticas y están dispersos por todo el planeta. Referirse a ellos como factor de conexión llevaría a la aplicabilidad simultánea de un gran número de Leyes nacionales.

En conclusión, el nodo no se presta con factor de conexión.

3. El lugar del emisor

Muchos valores –es decir los así llamados “tokens”– se emiten en masa en una Oferta Inicial de Monedas (OIM). La responsabilidad de estas emisiones suele recaer en una persona física o jurídica, el llamado emisor, cuya función puede ser distinta de la del generador de los tokens, que se encarga de los detalles técnicos de la emisión³⁰. Cuando el emisor es identificable puede servir como factor de localización para la determinación de la Ley aplicable al token. El problema se produce cuando en la práctica no se puede identificar al emisor. Además, aun conociendo al mismo, puede ser difícil determinar su lugar de constitución o el de su actividad principal. Pero cuando se conocen, pueden servir como factores de conexión.

a la participación en la red, y no a la función de validación. Cuando esta última está restringida, es apropiado utilizar el término “con permiso”.

³⁰ Vid. la distinción entre el emisor y el generador en el art. 2 lit k), I) de la Ley de Liechtenstein sobre Tecnología Confiable (TVTG).

4. El lugar del operador central

En las cadenas de bloques autorizadas³¹ existe una autoridad –que a veces se denomina “operador central”– que puede desempeñar funciones especiales en función del protocolo respectivo, en particular para autorizar a nuevos participantes o corregir determinadas transferencias.³² A veces, estas redes se habrán sometido a una Ley específica mediante una cláusula de elección de Ley. Cuando no es así, el lugar del operador central puede utilizarse como conexión por defecto.³³

5. El lugar de las claves privadas

En el caso de las redes que no tienen una cláusula de Ley aplicable o un operador central, el factor de conexión sigue sin estar claro. Una idea –a primera vista intrigante– sería remitirse a la ubicación de la clave privada para determinar la Ley aplicable. Un posible argumento a favor de esta solución es que la clave privada proporciona al titular el poder de disponer del criptoactivo. Podría decirse que este poder de gasto es en realidad el activo.

Sin embargo, las claves privadas son extremadamente difíciles de localizar. Pueden estar almacenadas en una cartera, cuya ubicación está en el ciberespacio, o pueden encontrarse en un ordenador portátil, que se traslada de un país a otro. Incluso cuando existe una copia física, por ejemplo en un papel, pueden surgir problemas de cambio de la Ley aplicable (el así llamado *conflict mobile*) debido a la naturaleza móvil del subyacente físico. Tampoco se puede estar totalmente seguro de que no exista una segunda copia, lo que llevaría a una doble localización. Sobre todo, el lugar de la clave privada es problemático porque, por razones de seguridad, a menudo se crea una nueva clave privada con cada transferencia. En consecuencia, la Ley aplicable también podría cambiar.

6. El lugar del programador

A falta de otro vínculo más estrecho, también se puede considerar la retención de la residencia habitual de la persona que ha programado el software en el que

³¹ Sobre la noción *Vid.* más arriba C. 1.

³² P. Gupta y T. Mandy Tham, *Fintech*, Walter de Gruyter, 2019, pp. 112–116 (en relación con las “cadenas de bloques privadas”); M. Rauchs, A. Glidden, B. Gordon, G. Pieters, M. Recanatini, F. Rostand, K. Vagneur y B. Zhang, “Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework” (agosto de 2018), p. 58 (habla de “closed DLT-systems”) [<https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>] (última consulta: 29/06/2022).

³³ FMLC (*op. cit.*, n. 19), p. 18 párrafo 17.

se apoya la red.³⁴ Es obvio que este factor de conexión sólo puede utilizarse de forma subsidiaria porque el vínculo es muy débil. El *Financial Markets Law Committee* británico duda, con razón, de que la residencia del programador deba tener una repercusión duradera en la Ley aplicable a su creación.³⁵ Además, hay que tener en cuenta que este lugar puede cambiar o estar en diferentes países, como ocurre en caso de existir un equipo de programadores. También surgen problemas insolubles cuando se desconoce la ubicación y la identidad del programador, como en el caso de la primera red de blockchain, Bitcoin.

7. El Estado de la supervisión

Algunos Estados han permitido que las empresas constituidas en el país emitan criptovalores, como acciones o bonos digitalizados, con arreglo a su legislación³⁶. Otros han adoptado leyes específicas sobre blockchain que proporcionan a las empresas de todo el mundo un marco legal para sus ofertas de monedas³⁷. En ambos casos, las empresas están estrechamente reguladas y supervisadas por las autoridades estatales. Los Estados suelen disponer que las cadenas de bloques así supervisadas se sometan también a su Derecho privado³⁸. Este método provoca un paralelismo entre la regulación y el Derecho privado aplicable.

Varios argumentos militan a favor de esta solución. En primer lugar, en el contexto de las criptomonedas, las cuestiones de Derecho privado y de Derecho público suelen estar directamente entrelazadas. Los derechos de los inversores pueden salvaguardarse tanto por medios privados como reglamentarios, y algunos de ellos pueden desempeñar un doble papel, como los deberes de información, los deberes de organización o los deberes de evitar conflictos de intereses. En segundo lugar, el país donde se supervisa al criptoemisor tiene una estrecha relación con los activos. Uno de los principales objetivos de la supervisión financiera es la protección de los inversores. Por lo tanto, estos pueden esperar razonablemente que se apliquen también las normas de Derecho privado de este Estado. En tercer lugar, un Estado que regula y supervisa a los

³⁴ *Ibid.*, p. 21 párrafo 6.28 (referencia al “primary residence of the coder”).

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Vid.* el art. L. 211–3 del Código Monetario y Financiero francés (*Code monétaire et financier*) y el art. 2(1) de la ley alemana eWpG.

³⁷ *Vid.*, *v.gr.*, la TVTG de Liechtenstein; la Ley federal suiza sobre la adaptación del derecho federal a la evolución de la tecnología de los registros electrónicos distribuidos (*Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register*), o la Ley de Wyoming sobre activos digitales (*Bill on Digital Assets*). Para un estudio de derecho comparado, *Vid.* M. Lehmann, “National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration” 26 *Unif. L. Rev.*, 2021, p. 148–179.

³⁸ *Vid.* art. 32 eWpG (que codifica un principio de *lex supervisionis*); para Liechtenstein, *Vid.* el art. 3(2) lit a) y el art. 11(1) de la TVTG.

emisores de criptomonedas suele disponer de normas especiales de Derecho privado adaptadas a la blockchain. El hecho de que el legislador haya decidido tratar las cuestiones relacionadas con la blockchain demuestra su conciencia sobre los problemas específicos que plantea la tecnología. Por lo tanto, es más probable que este Estado proporcione un marco de Derecho privado adecuado para los criptovalores. Por último, la idea de vincular las normas de conflicto al Estado de supervisión ya se está imponiendo en el Derecho nacional. Algunos Estados vinculan la aplicación de sus normas privadas sobre criptomonedas, *inter alia*, a los activos emitidos por las entidades que supervisan³⁹. Otros aplican incluso normas de conflicto multilaterales que apuntan al Estado de supervisión.⁴⁰

Sin embargo, hay un problema con este enfoque. Muchos emisores no están constituidos en una jurisdicción con una legislación especial sobre blockchain y no han elegido un marco jurídico específico. Estos emisores no están bajo la supervisión exclusiva de un Estado y sus actividades pueden estar sujetas a una pluralidad de supervisores diferentes, o a ninguno. En estos casos, el Estado de supervisión como criterio para identificar las normas de Derecho privado aplicables no sirve.

8. Conclusión intermedia

La lista anterior muestra las dificultades para precisar el lugar geográfico de la cadena de bloques. Por lo tanto, la metodología de los conflictos de leyes tropieza con problemas complejos. Al igual que en el caso de la caracterización, no existe una bala de plata que pueda resolver todos los problemas a la vez y de forma satisfactoria.

Las dificultades para determinar la Ley aplicable a la blockchain no son del todo nuevas. El proceso de digitalización en general, y la aparición de Internet en particular, siempre han planteado retos considerables para la disciplina del Derecho internacional privado⁴¹. Estos se agudizan aún más en el caso de la blockchain, puesto que se base en el almacenamiento idéntico de información en ordenadores dispersos por todo el mundo. Esto se ha hecho intencionadamente para evitar que ningún Estado pueda controlar o influir en el contenido del libro de contabilidad distribuido. Por su diseño, la cadena de bloques no tiene un “enlace más cercano” o una “conexión más significativa”.

³⁹ Vid. art. 3(2) lit a) de la TVTG de Liechtenstein.

⁴⁰ Vid. párrafo 32 de la ley alemana eWpG.

⁴¹ Vid., v.gr., P.A. De Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar, 2020; T. Lutz, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford University Press, 2020.

La blockchain es uno de los primeros fenómenos verdaderamente globales, que ha sido concebido a propósito como no-nacional. Se enfrenta a un mundo dividido en diferentes sistemas jurídicos nacionales. Abstenerse de identificar una Ley aplicable y confiar en el código o en una *lex cryptographica* no es una opción. La armonización mundial de las normas aplicables a la cadena de bloques sería una solución óptima, pero no parece realista a corto plazo. Por el momento, sigue existiendo el problema de determinar el Derecho nacional aplicable.

IV. UNA PROPUESTA: ¡PENSAR EN LAS RELACIONES JURÍDICAS!

1. Una idea no tan novedosa

Para encontrar la solución al enigma de la ley rectora de la cadena de bloques, es necesario dar un paso atrás y echar un vistazo al panorama más amplio. El análisis realizado hasta ahora ha seguido las consabidas discusiones sobre la “naturaleza” de la cadena de bloques y el factor de conexión adecuado para la blockchain o los activos registrados en ella. Sin embargo, como se ha demostrado, estas discusiones llevan a un callejón sin salida. En su lugar, pongamos la marcha atrás y volvamos a las fuentes.

Cuando *Friedrich Karl von Savigny* sentó las bases del moderno DIPr europeo, introdujo un cambio fundamental: desvió la atención del ámbito del Derecho y de las personas individuales a la relación jurídica.⁴² Esto fue, por supuesto, un truco ingenioso, ya que una relación jurídica no es un ser ontológico y no puede existir sin una ley que la respalde, por lo que su introducción plantea la cuestión de qué Ley se aplica. No obstante, el enfoque en la relación fomentó la idea de la existencia de vínculos internacionales que son anteriores al Estado, formando todos ellos una mancomunidad y teniendo cada uno de sus sistemas jurídicos igual vocación o justificación para aplicarse. A partir de esto, fue un pequeño paso reclamar la aplicación del Estado con la conexión más cercana a esta relación o, en palabras de Savigny, “al que, en su propia naturaleza pertenece o está sujeto”⁴³.

En este contexto, es útil recordar lo que estamos buscando. El objetivo no es encontrar la Ley aplicable a la cadena de bloques en sí, en contra de lo que muchos piensan y de lo que también sugiere el título de esta contribución. La blockchain es una tecnología y, como tal, no tiene una Ley que la rija. La meta tampoco es, por lo menos no siempre, de identificar una Ley que rige las entradas en la cadena de bloques, porque en la mayoría de los casos el problema no es radicado en ellas sino en la transacción sobre ellas o relacionados a ellas. Lo que

⁴² F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, 1849, p. 108.

⁴³ *Ibid.*, p. 27.

buscamos en realidad es la Ley aplicable a estas transacciones, y las relaciones jurídicas que creen.

El punto de que el DIPr determina la Ley aplicable a las relaciones jurídicas y no a la cadena de bloques o a sus entradas como tal puede considerarse evidente. Sin embargo, es muy necesario hacerlo a la luz del frecuente malentendido de que *toda* la blockchain podría clasificarse en *un solo* sentido y podría regirse por *una sola* Ley. Tenemos que cambiar el tema del debate y (re)centrarnos en las relaciones jurídicas. Una vez hecho esto, la mayoría de los problemas de calificación y localización desaparecerán milagrosamente.

2. Obligaciones contractuales

Las transferencias en la cadena de bloques no se producen en el vacío. Prácticamente todas ellas se basan en algún acuerdo celebrado entre el cedente y el cesionario. Este hecho permite la aplicación de las reglas clásicas del DIPr.

Una opinión audaz caracteriza todas las relaciones entre los participantes en los sistemas de criptomoneda como contractuales y les aplica las normas del Reglamento Roma I⁴⁴. Esta opinión plantea algunos problemas. Como ya hemos discutido, no está claro cómo se celebra este contrato. ¿Quién hace una oferta y dónde está la aceptación? Los términos y condiciones no pueden codificarse fácilmente en el protocolo, al menos no en su código binario que se descarga, y la descarga y la ejecución de un archivo que sólo es legible por una máquina no equivale necesariamente a una aceptación. Además, la noción de los “participantes” es llamativamente poco clara: ¿abarca a cualquiera que “posea” o “controla” un criptoactivo, o a los que están de alguna manera conectados a la red, o a los que han descargado la versión completa de la cadena de bloques, o sólo a los que actúan como “mineros”? Además, ¿cuál es el contenido real del acuerdo que aceptan los participantes?

La idea de que todos los participantes en la cadena de bloques están vinculados a un contrato parece algo artificial y exagerado. Al mismo tiempo, también es poco práctica y decepcionante. Así, no establece ninguna Ley aplicable en caso de que un no participante ataque el sistema, por ejemplo, mediante la piratería de una clave privada o la destrucción de información. Tampoco dice nada sobre la Ley aplicable en supuesto de insolvencia o sucesión.

Cuando hablamos aquí de obligaciones contractuales, el propósito es más modesto. La atención se centra en las relaciones bilaterales entre participantes concretos. Digamos que A envía 0,1 Bitcoin (BTC) a B. Normalmente habrá alguna razón por la que lo hace. Puede ser que B haya ofrecido a A algo a cambio, como el acceso en línea a un archivo de película. En ese caso, las partes han

⁴⁴ A. Dickinson, *op. cit.*, n. 13, pp. 106–118 párrafos 5.35–5.72.

celebrado un contrato, pero fuera de la blockchain. Esto es importante, porque los factores de conexión para determinar la Ley que rige este contrato también pueden estar fuera de la blockchain, por ejemplo, un acuerdo que se haya hecho oralmente o la sede o la residencia habitual de una de las partes.

De hecho, la aplicación de las normas de conflicto para los contratos no presenta ninguna dificultad especial en el contexto del DLT. Los factores de conexión clásicos, como la autonomía de la voluntad, la residencia habitual del vendedor o, en el caso de los contratos de consumo, la residencia habitual del comprador, pueden seguirse sin desencadenar ninguno de los problemas de localización comentados anteriormente. Por ejemplo, que las partes hayan acordado la Ley aplicable antes de que A transfiera un Bitcoin a B en un acuerdo independiente. Como parte de dicho acuerdo, A normalmente preguntará la dirección física de su socio contractual. Por lo tanto, ya no hay razón para temer que ejecute la transferencia sin conocer al socio. Es cierto que es posible que A no sepa que B es un consumidor; sin embargo, las normas de Derecho de consumo ofrecen suficiente respaldo para esta particularidad.⁴⁵

Cualquier problema que se produzca en el contexto contractual, como el incumplimiento, el retraso en el cumplimiento o el cumplimiento “defectuoso” (por ejemplo, en la versión incorrecta de Bitcoin – “BTC cash” en lugar de “BTC classic”) se resolverá según la Ley que rige el contrato, que puede determinarse sin referencia a la propia blockchain. Por lo tanto, el DIPr funciona de la manera habitual.

3. Daños

El mismo enfoque puede utilizarse en el supuesto de que alguien cause un agravio en la blockchain, como un robo, un fraude o un chantaje: en tal caso también funcionan y se aplican las reglas de conflicto normales. Muchas de ellas se refieren a hechos fuera de la blockchain, como el lugar del domicilio común de las partes,⁴⁶ el lugar de un mercado en el caso de violaciones de la ley de competencia⁴⁷ o el lugar de protección de un derecho de propiedad intelectual.⁴⁸ Las violaciones de datos en la cadena de bloques, si alguna vez se producen, también pueden conectarse a un Estado concreto mediante los criterios habituales (lugar de establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento o lugar del interesado).⁴⁹ No se producen más dificultades que las normales cuando el

⁴⁵ Vid. European Law Institute, “Blockchain Technology and Smart Contracts”, p. 20.

⁴⁶ Vid., v.gr., el art. 4(2) del Reglamento Roma II. Vid. también el art. 133(1) de la PILA suiza.

⁴⁷ Art. 6 Reglamento Roma II.

⁴⁸ Art. 8 Reglamento Roma II.

⁴⁹ Vid. art. 3 RGPD, *supra*.

DIPr somete el daño al lugar donde se cometió.⁵⁰ Normalmente será posible identificar dicho lugar sin mayores problemas una vez que se haya identificado el propio daño y al causante del mismo.

Un poco más espinosa es la aplicación de la norma general del art. 4 (1) del Reglamento Roma II, que se refiere al “país en el que se produce el daño”. La identificación de este país puede causar dolores de cabeza cuando alguien ha perdido criptoactivos por un robo, un fraude o un chantaje. De nuevo, estos problemas están lejos de ser nuevos o únicos. No parecen mucho más problemáticos que la identificación del lugar del daño en caso de violaciones de la privacidad en Internet o de pérdidas puramente financieras. Quizás las soluciones podrían ser similares. Se podría, por ejemplo, considerar que el daño se ha producido en el lugar en el que la víctima inició la transferencia perjudicial, o en el lugar de un proveedor de carteras del que se robaron las claves privadas, o, a falta de todos los demás factores de conexión, el lugar del domicilio de la víctima. Es cierto que hay un elemento de incertidumbre y de ficción en estas localizaciones, pero sin embargo pueden proporcionar una solución adecuada a esos problemas.⁵¹

En resumen, los agravios de la cadena de bloques pueden tratarse como otros daños, siendo sólo necesarias pequeñas adaptaciones a las normas generales de conflictos.

4. Enriquecimiento injusto

La mayoría de los casos de enriquecimiento injusto se rigen por el Derecho contractual aplicable –por ejemplo, cuando el contrato es nulo– o por el Derecho extracontractual aplicable –por ejemplo, cuando el enriquecimiento es consecuencia de un fraude, una extorsión o un robo–. La Ley aplicable a estos casos es la misma que la que se aplica a los contratos y a los delitos en general.⁵²

Sólo quedan algunas situaciones que no entran en ninguna de estas categorías, como la transferencia errónea de criptoactivos a una clave pública equivocada o una demanda presentada contra los receptores inocentes de criptoactivos robados por su antiguo titular.⁵³ En estos supuestos, ni existe un acuerdo, ni se ha infligido un daño. En virtud del DIPr de la UE, la Ley aplicable es la del país del domicilio

⁵⁰ Vid. art. 133.2º 1 Ley de Derecho de Autor suiza.

⁵¹ Vid. sobre la localización en estos casos M. Lehmann y E. Prévost, “La localisation du dommage dans le web3”, próximo a publicarse en *Revue du droit des affaires internationales* (RDAI).

⁵² Vid. art. 10.1º Reglamento Roma I.

⁵³ Vid. para el último ejemplo *Fetch.AI et al. v Persons Unknown et al.*, [2021] EWHC 2254 (Comm), donde se presentó una demanda contra receptores potencialmente inocentes. El juez calificó esta reclamación como comprendida en el art. 10 del Reglamento Roma II, Vid. el ap. 15 del juzgado.

común de las partes.⁵⁴ En caso de que vivan en países diferentes, la Ley aplicable es la del país donde se produjo el enriquecimiento.⁵⁵ Inevitablemente, habrá dificultades para determinar este país. Se sugiere aquí que se resuelvan reflejando las normas de localización de los daños causados por un daño.⁵⁶ Esto significa que el lugar del enriquecimiento puede ser donde la persona enriquecida ha gastado el criptoactivo, donde se encuentra su cartera a la que se han añadido las claves privadas o, en última instancia, donde tenga su domicilio.

5. Sucesión

La sucesión en los criptoactivos parece plantear dificultades desde el punto de vista del Derecho sustantivo.⁵⁷ Desde la perspectiva del DIPr, es sorprendentemente sencillo de resolver. Los dos factores de conexión predominantes en el Derecho de sucesiones son la nacionalidad o el último domicilio o residencia habitual del fallecido.⁵⁸ Ninguno de ellos requiere la localización de la cadena de bloques. La Ley que rige la sucesión decidirá si los criptoactivos forman parte de la herencia y quién recibirá la titularidad de los mismos. No es necesaria ninguna modificación en el contexto de la cadena de bloques.

6. Insolvencia

La Ley de insolvencia aplicable puede determinarse con la misma facilidad. El factor de conexión general es el Centro de Intereses Principales (CIP) del deudor.⁵⁹ Para encontrar este lugar, casi nunca será necesario consultar la cadena de bloques, salvo en el caso inusual y muy raro de que un negocio se realice exclusivamente a través de la DLT. En su lugar, serán determinantes para el centro de intereses principales factores ajenos a la blockchain, como el lugar de constitución, las oficinas o el domicilio de los clientes.

La Ley que rige el procedimiento de insolvencia decidirá cómo calificar los criptoactivos (dinero, créditos u otros activos). Las normas del foro del tribunal de insolvencia identificarán la Ley aplicable a ellos. Por lo tanto, no es necesario

⁵⁴ Art. 10.2º Reglamento Roma II.

⁵⁵ Art. 10.3º Reglamento Roma II.

⁵⁶ *Vid. supra* D. 3.

⁵⁷ *Vid. supra* A. 2.

⁵⁸ *Vid.* arts. 21.1º, 22.1º, 27.1º lit b), d), 83.2º, 3º Reglamento de Sucesiones; los arts. 90, 91 de la LPL suiza; Lawrence Collins y Jonathan Harris (eds. generales) *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012, párrafos 27R-010, 27R-023, 27R-027, 27R-030, 27R-044, 27R-075.

⁵⁹ Arts. 3.1º, 7.1º Reglamento de Insolvencia de la UE.

elaborar normas especiales de conflictos de insolvencia para los activos de blockchain.

7. ¿Derecho de propiedad?

El mayor desafío desde la perspectiva del Derecho internacional privado es determinar la Ley que rige las cuestiones de propiedad que surgen con respecto a los activos registrados en la cadena de bloques.⁶⁰ Esto se debe a que la norma clásica del Derecho internacional de la propiedad, que exige la aplicación de la *lex rei sitae*, no se ajusta a la cadena de bloques, que por su diseño no está ubicada en ningún Estado en particular y no tiene una conexión significativamente más estrecha con ninguno de ellos que con los demás.

Sin embargo, para la mayoría de las cuestiones legales, este problema no juega ningún papel⁶¹. Esto se debe a que estos problemas pueden resolverse utilizando los recursos legales descritos anteriormente, como los del Derecho contractual, el Derecho de daños o el Derecho del enriquecimiento injusto. El Derecho aplicable a estas cuestiones puede determinarse por referencia a factores externos a la cadena de bloques. Lo mismo ocurre con las cuestiones, aquí denominadas exógenas, que plantean el Derecho de sucesiones y de insolvencia. Tampoco en este contexto es necesario identificar una Ley de propiedad aplicable. Para todas las demás cuestiones en las que no se alegue una obligación de transferir criptoactivos, un daño o un enriquecimiento injusto, y que no impliquen una sucesión o una insolvencia, lo mejor es aceptar el resultado de la blockchain como prueba concluyente de la propiedad de los criptoactivos.⁶²

V. RESUMEN

La mayoría de los problemas que plantean los activos de blockchain pueden resolverse aplicando las normas ordinarias de conflicto de leyes. Esto se debe a que estas reglas utilizan factores de conexión que son independientes de la red como tal. No es necesario localizar los activos o la propia blockchain. La excepción son las cuestiones de propiedad. En este caso, se debe utilizar una cascada de factores de conexión, empezando por el nivel del emisor sobre el contrato inteligente hasta la red. En el caso de algunas redes en las que no se puede identificar una única Ley aplicable, como Bitcoin, se puede omitir la identificación de la Ley de propiedad y aceptar los registros de la blockchain, con la salvedad de que el titular puede estar sujeto a una obligación de retransmisión,

⁶⁰ Vid. FMLC, *op. cit.*, n. 19, p. 17.

⁶¹ M. Lehmann, *op. cit.*, n. 4.

⁶² Vid. *ibid.*, p. 118-127.

por ejemplo, en virtud del Derecho contractual o de responsabilidad civil, o que la posición puede haber cambiado debido a una transmisión *ex lege* en virtud del Derecho de sucesión o de insolvencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Antopoulos, A.M.: *Mastering Bitcoin*, O'Reilly, 2015.
- Antal, C., Ciara, T., Anghel, L., Antal, M. y Salomie, L.: "Distributed Ledger Technology Review and Decentralized Applications Development Guidelines", 13 *Future Internet*, 2021, p. 62.
- Bureau, D. y Muir Watt, H.: *Droit international privé*, vol 1, 4ª ed., Presses Universitaires de France, 2017.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol 1, 15ª ed., Comares, 2014.
- Collins, L. y Harris, J. (eds.): *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012.
- De Filippi, P. y Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.
- Dickinson, A.: "Cryptocurrencies and the Conflict of Laws", en David Fox y Sarah Green (eds.), *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, 2019, p. 93.
- European Law Institute: "Blockchain Technology and Smart Contracts".
- Financial Markets Law Committee (FMLC): "Distributed Ledger Technology and Governing Law: Issues of Legal Uncertainty", <http://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf> (última consulta: 29/06/2022).
- Gupta, P. y Mandy Tham, T.: *Fintech*, Walter de Gruyter, 2019.
- Held, A.: "Private Keys v Blockchains: What Is a Cryptoasset in Law?", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2020, p. 247.
- ISDA: "Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology", 2020, <<https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf>>] (última consulta: 29/06/2022).
- Kieninger, E.-M.: "Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 2008, p. 182.
- Kleiner, C.: "Money and Currency", en Jürgen Basedow et al (eds. generales), *Encyclopedia of Private International Law*, vol 2, Edward Elgar, 2017, p. 1259.
- Lehmann, M.: "Assignment and conflict of laws: the new commission proposal", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2018, p. 370.
- : "Bonds and loans", en Jürgen Basedow et al (eds. generales), *Encyclopedia of Private International Law*, vol 1, Edward Elgar, 2017, p. 216.
- : "National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration" 26 *Unif. L. Rev.*, 2021, p. 148.
- : "Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain" 21 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2020, p. 93.

- Lehmann, M. y Prévost, E.: “La localisation du dommage dans le web3”, próximo a publicarse en *Revue du droit des affaires internationales* (RDAI).
- Lutzi, T.: *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford University Press, 2020.
- Mauil, R., Godsiff, Ph. Mulligan, C., Brown, A. y Kewell, B.: “Distributed ledger technology: Applications and implications”, 26 *Strategic Change*, 2017, p. 481.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar, 2020.
- Otero-García Castrillon, C y Torremans, P.: *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law* (P. Torremans y J. J. Fawcett, eds. generales), 15ª ed., Oxford University Press, 2017.
- Paech, Ph.: “The International Law of Digital Asset Settlement – Functional Analysis and Draft Legal Principles”, 2019 [<https://ssrn.com/abstract=2792639>] (última consulta: 29/06/2022).
- Proctor, Ch.: *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012.
- Rauchs, M., Glidden, A., Gordon, B., Pieters, G., Recanatini, M., Rostand, F., Vagneur, K. y Zhang, B.: “Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework”, (agosto de 2018) [<https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>] (última consulta: 29/06/2022).
- Von Savigny, F.K.: *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, 1849.

Recibido: 8 julio 2022
Aceptado: 29 julio 2022

El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos contrarios a derechos humanos realizados por empresas en sus actividades transfronterizas

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*

SUMARIO: I. Introducción: Derecho material y Derecho conflictual en el ámbito de la responsabilidad civil por violación de Derechos Humanos por parte de empresas en terceros Estados. II. El Reglamento Roma II como norma reguladora de la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos humanos. 1. Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: A) Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II; B) Funcionamiento de las normas de conflicto en el Reglamento Roma II. 2. El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por abusos de Derechos Humanos: A) La autonomía de la voluntad como mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos; B) La garantía de unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos y la *lex loci delicti commissi*; C) Excepciones a la norma general en materia de responsabilidad por abusos de derechos humanos; D) Operatividad de las normas imperativas y el orden público. III. Derecho aplicable en la Propuesta europea de Directiva de diligencia debida en las cadenas de suministro. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La elaboración de una norma de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual de empresas por abusos de derechos humanos (DDHH) se convierte en una necesidad intrínseca al actual desarrollo sustantivo que se está produciendo en Europa a nivel institucional y estatal. En este trabajo veremos que las normas actuales de responsabilidad civil extracontractual del Reglamento Roma II presentan un difícil acomodo a las necesidades de este sector y, sin embargo, el Derecho Internacional privado adquiere un papel fundamental para avalar la tutela judicial efectiva de las víctimas de abusos y consolidar unos niveles mínimos de protección de DDHH a nivel global.

La creciente aproximación sustantiva en este ámbito se está impulsando desde las Instituciones europeas con la Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad y Derechos Humanos que augura un nuevo paradigma de comportamientos empresariales más responsables, pero para lograr alcanzar esos nuevos estándares de protección de DDHH se requiere realizar de forma paralela una armonización conflictual a nivel europeo.

* Profesora investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y Profesora del Master en Derecho del Comercio Internacional Universidad Internacional de la Rioja, UNIR, orcid id: 0000-0003-3994-049X

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II, LEX LOCI DELICTI COMMISSI, DERECHOS HUMANOS, EMPRESAS, DILIGENCIA DEBIDA.

The Rome II Regulation and the law applicable to civil liability arising from acts contrary to human rights carried out by companies in their cross-border activities

ABSTRACT: *The elaboration of a conflict rule on the non-contractual liability of companies for Human Rights abuses becomes an intrinsic need in the current substantive development that is taking place in Europe at the Institutional and State level. In this paper, we will see that the current rules of tort liability of the Rome II Regulation are difficult to adapt to the needs of this sector and, nevertheless, private international law acquires a fundamental role in guaranteeing effective judicial protection for the victims of abuses and consolidating minimum levels of protection of HR at a global level.*

The growing substantive approximation in this area is being promoted by the European Institutions with the Proposal for a European Directive on Due Diligence in Sustainability and Human Rights that augurs a new paradigm of more responsible business behaviour, but in order to achieve new HR protection standards it is necessary to carry out a parallel conflictual harmonization.

KEYWORDS: ROME II REGULATION, LEX LOCI DELICTI COMMISSI, HUMAN RIGHTS, BUSINESS, DUE DILIGENCE.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO MATERIAL Y DERECHO CONFLICTUAL EN EL
ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS
HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS EN TERCEROS ESTADOS

1. En la actualidad, el Derecho internacional privado posee pocas herramientas efectivas para lograr que las multinacionales europeas respondan por las consecuencias negativas que pueden comportar sus actividades de carácter transfronterizo a lo largo de toda la cadena de suministro. Las multinacionales con domicilio en Estados de la Unión Europea conforman estructuras y entramados societarios estratégicos que les permiten sortear las posibles responsabilidades derivadas de los abusos de Derechos Humanos que generan sus operaciones, sobre todo cuando desarrollan actividades en Estados distintos a los de su nacionalidad o domicilio social.

2. Desde el punto de vista de las litigaciones internacionales transfronterizas las herramientas de Derecho internacional privado utilizadas para que las empresas respondan por posibles abusos o violaciones de Derechos Humanos cometidos en sus actividades transfronterizas son, claramente, insuficientes. Más concretamente en el ámbito del Derecho aplicable el Reglamento (CE) 864/2007, de 11 julio 2007, sobre ley aplicable a las relaciones extracontractuales (Roma II)¹ contiene un régimen general de determinación de la ley aplicable en materia

¹ DO L199, 31.07.2007

de responsabilidad civil extracontractual que ordena con carácter general la *lex loci delicti commisi* para señalar la ley aplicable, lo que en materia de violación Derechos Humanos (DDHH) por parte de empresas en el desarrollo de sus actividades transfronterizas nos lleva a aplicar en la mayoría de las ocasiones leyes de terceros Estados con estándares de protección de DDHH inferiores a los europeos.

3. El ordenamiento jurídico aplicable para resolver la controversia decidirá todos los aspectos relacionados con el alcance de la responsabilidad: desde las personas a las que se les puede imputar, como las causas de exoneración y el reparto o limitación de la responsabilidad, hasta quién tiene derecho a reparación por el daño. Y lo que es más importante, de la ley aplicable dependerá la propia naturaleza y gravedad del daño y, en consecuencia, su evaluación y las posibles acciones de las víctimas para solicitar la reparación o la indemnización. Además, la ley aplicable establecerá las futuras medidas de prevención o cese de la actividad que ha dado lugar al daño.

4. En el momento actual, el desarrollo de las normas de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual de empresas por violaciones de DDHH está pendiente de la aproximación sustantiva en materia de diligencia debida que se está promoviendo en Europa. Desde el punto de vista institucional los primeros resultados en esta dirección han tenido su reflejo a través de la Propuesta de Directiva sobre diligencia en materia de sostenibilidad y DDHH² y, de manera paralela, se debería abordar la modificación de las normas de competencia y de Derecho aplicable. La unificación de las normas materiales de los Estados miembros en el ámbito de la diligencia debida supone una de las formas de asegurar conductas responsables que garanticen los mínimos de protección exigibles en materia de DDHH. Su progresivo avance coadyuva a la instauración de Derechos sociales y a la consolidación de adecuados niveles de protección, promoviendo el respeto de los DDHH con independencia de cuál sea la ley aplicable. Sin embargo, a pesar de la existencia y ratificación de Convenios y Tratados sobre DDHH no contamos con deseada unificación, de modo que el Derecho Internacional privado adquiere un papel fundamental como instrumento garantista de la ley aplicable más beneficiosa para la víctima o que, al menos, guarde unos niveles mínimos de protección de los DDHH y asegure la potencial reparación ante posibles abusos o violaciones.

5. La elaboración de un conjunto de normas de conflicto sobre la responsabilidad extracontractual en materia de violaciones de DDHH va a contribuir de manera paralela a la armonización sustantiva, ayudando a mitigar los efectos negativos derivados de la diversidad material, no sólo en términos de costes de inseguridad jurídica y de previsibilidad de soluciones, sino también en

² *Proposal for a Directive of European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM 2022 (71final), 23.2.2022.*

aras a instaurar una política de protección de los DDHH que garantice la consolidación de unos estándares mínimos de protección y avale la tutela judicial efectiva de las víctimas. La armonización material y la regulación conflictual se erigen, de este modo, en dos vías subsidiarias que buscan alcanzar un fin compartido y que requieren una evolución coordinada³. El correcto funcionamiento de las técnicas de Derecho Internacional privado exige una mínima convergencia de las normas materiales de los ordenamientos en presencia, pero deben utilizarse en procesos asociados, complementarios y, en definitiva, necesarios para conseguir el objetivo deseado.

6. La combinación de la armonización sustantiva y la armonización conflictual ya ha sido utilizada con anterioridad en ámbitos específicos de la responsabilidad extracontractual civil. Así sucedió con la Directiva 85/374/CE de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos⁴, que adoptó una serie de medidas que supusieron la armonización en este campo y culminaron con la introducción de la norma de conflicto específica del art. 5 Reglamento Roma II. También, aunque con menos éxito, se plantea está vía en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de violaciones de derechos de la personalidad⁵. En la actualidad nos encontramos inmersos en un proceso que avanza con paso firme hacia la armonización sustantiva y conflictual en el ámbito de empresas y DDHH.

7. En este trabajo se va a analizar el funcionamiento del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (II), con el objetivo de examinar su aplicación y adecuación a las especiales circunstancias que rodean a la responsabilidad civil por abusos a DDHH por parte de empresas en terceros Estados (III) y establecer una vía adecuada para integrar mejoras que avalen una mayor tutela judicial efectiva de las víctimas de abusos de DDHH por parte de las multinacionales europeas en aras a consolidar una política de protección de DDHH a nivel no solo europeo, sino también a nivel global (IV).

II. EL REGLAMENTO ROMA II COMO NORMA REGULADORA DE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR VIOLACIONES DE DDHH

8. Antes de entrar en el análisis de las normas de conflicto existentes en el ordenamiento español para regular la responsabilidad civil extracontractual de

³ Vid. A. Marin López, "Unificación del Derecho Privado material y Unificación del Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Español y Americano*, 1967, pp. 23-41.

⁴ Directiva del Consejo, de 25 julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, DO L210 de 7.8.1985.

⁵ J.J. Álvarez, C. Agoues, I. Iruretagoiena y N. Magallón, *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

las empresas en el ejercicio de sus actividades transfronterizas, lo primero que deberemos hacer es acotar o calificar la institución sobre la que se van a proyectar tales normas⁶.

La determinación de los supuestos que se integran en el ámbito de las normas de responsabilidad civil extracontractual se hace de manera excluyente y en contraposición a las obligaciones derivadas de los contratos. Podemos decir que las normas de responsabilidad civil extracontractual se dirigen a señalar la ley aplicable a una obligación “no contractual” de naturaleza estrictamente resarcitoria que surge entre partes que no presentan ninguna vinculación y entre las que no suele existir una relación “previa”. Por tanto, se trata de una obligación derivada de la producción de un daño lo que ha llevado a la doctrina a identificar este ámbito como “Derecho de daños” en vez de “Derecho de la responsabilidad civil extracontractual”⁷.

9. La naturaleza independiente de la relación derivada del daño va a marcar su carácter autónomo respecto de cualquier otra relación de naturaleza contractual o de otra clase, ya sea familiar, sucesoria, que pudiera ligar a las partes, así como, la propia metodología y fundamento de las normas de conflicto que la regulan⁸. De hecho, las conductas empresariales de las que deriva el daño y que dan lugar a una potencial responsabilidad civil se han integrado, según su naturaleza, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, dejando a un lado los posibles abusos que se puedan cometer las empresas en el marco de las obligaciones contractuales que nos remitirán a otro tipo de responsabilidad⁹.

10. En el ordenamiento español la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de daños o responsabilidad civil extracontractual gira en torno a tres niveles: estatal, convencional y europeo. El presente trabajo se va a centrar, fundamentalmente, en el régimen europeo protagonizado por el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)¹⁰; que convive con una serie de Convenios internacionales relativos a

⁶ Tal y como ponen de manifiesto M.A. Amores Conradi, “Art. 10.9”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995 y “Capítulo V”, *Derecho Internacional privado. Parte especial* (J. González Campos y otros), Madrid, CESSJ, Ramón Carande, 1993, pp. 291–335; también L. Garau Juaneda, “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en *La responsabilidad internacional. Actas de las XIII jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pp. 403 ss.

⁷ Vid. L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, 1999.

⁸ Cf. M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, 2000, n.º 8, pp. 1–34, p. 3.

⁹ Al respecto, *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, W. Sanguinetti y J. Bautista (dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

¹⁰ DO L199 de 31.7.2007

sectores específicos del Derecho de daños¹¹ y que, junto al art. 10.9º Cc, completan el sistema de responsabilidad civil extracontractual¹².

11. La responsabilidad civil extracontractual de empresas por violaciones de DDHH no posee una regulación específica que atienda a sus especiales características ni de carácter material, ni de carácter conflictual, en ninguno de los tres niveles, así que la ley aplicable a este tipo de supuestos se determinará conforme al sistema conflictual general de responsabilidad civil extracontractual. En este sentido analizaremos las soluciones existentes en la actualidad en el régimen general de responsabilidad civil europeo con el objetivo de proyectar su adecuación a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual de empresas por violación de DDHH y comprobar su funcionalidad para regular estos supuestos de manera satisfactoria.

1. Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

12. Lo primero que debemos resaltar es que el Reglamento Roma II no contiene una disposición específica sobre la responsabilidad de las empresas por violación de DDHH por lo que acudiremos al sistema general instaurado en el instrumento europeo. A tenor de su texto se conforma el régimen general de normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en torno al que se vertebra el sistema de responsabilidad civil extracontractual de los Estados miembros de la UE.

El Reglamento Roma II supuso la unificación de las normas de conflicto sobre obligaciones extracontractuales convirtiéndose en el instrumento medular del sistema de responsabilidad civil con el objeto de incrementar la seguridad jurídica, la certeza y la previsibilidad de las partes que podrán prever cuál va a ser la ley aplicable con carácter previo al surgimiento del litigio¹³. De esta forma se dirige a reducir costes, contribuyendo, en última instancia, a la seguridad jurídica del tráfico comunitario y a la consolidación del espacio europeo de justicia¹⁴.

¹¹ L. Garau Juaneda, "Las fuentes españolas...", *loc. cit.*, p. 403; G. Palao Moreno "Responsabilidad civil y Derecho Internacional privado", en *Derecho de daños* (M.E. Clemente y M.E. Cobas, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 2005–20078, p. 2072; A. L. Calvo y J. Carrascosa, "Obligaciones extracontractuales", *Tratado de Derecho Internacional privado*, A. L. Calvo y J. Carrascosa (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3659–3838.

¹² M.A. Amores Conradi, "Art. 10.9", en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.I, vol. 2, Madrid, 1995.

¹³ B. Weintraub, "Rome II and the tension between predictability and flexibility", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, pp. 561–572.

¹⁴ Al respecto *vid.* G. Palao Moreno, *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 175–239.

A) Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II

a) Ámbito de aplicación material

13. La delimitación material de las obligaciones extracontractuales que se van a integrar en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II se convierte en una tarea especialmente compleja, entre otras cosas, ante la diversidad de concepciones existente en los Estados miembros en torno a la responsabilidad extracontractual. Las normas de responsabilidad civil extracontractual de los Estados miembros responden a diferentes realidades que se reflejan, incluso, en el momento de determinar los supuestos que abarcan este tipo de responsabilidades, de establecer la delimitación de la frontera entre la dimensión pública o privada de la responsabilidad por daños, o ante la necesidad de trazar una línea entre el menoscabo contractual y el extracontractual¹⁵. Pero, además, tropezamos con diferentes realidades de carácter terminológico o conceptual que obligan al legislador europeo a delimitar cuáles son las materias que va a abordar a través del Reglamento Roma II.

14. Como es sabido, el concepto de obligaciones extracontractuales en torno al que debemos acotar el ámbito material del Reglamento Roma II, se erige en un concepto autónomo con una interpretación uniforme para todos los Estados miembros. El Reglamento Roma II ordena la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia “civil y mercantil” y en las “situaciones que comporten un conflicto de leyes”, de modo que sólo será aplicable a supuestos que presenten algún elemento de internacionalidad¹⁶. El concepto de “materia civil y mercantil” coincide con el concepto del Reglamento Bruselas I bis –con el que mantiene una relación complementaria– y atiende a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión¹⁷. Las interpretaciones vertidas sobre el Reglamento de Bruselas en la jurisprudencia del Tribunal europeo nos servirán de guía cuando se refieran a los mismos conceptos y estén formulados en los términos en ambos instrumentos¹⁸.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 265–293

¹⁶ En Reglamento Roma II el art. 25 prevé un sistema de “remisión directa” para el supuesto en que la norma de conflicto señale como aplicable la ley de un Estado con distintas unidades territoriales cada una con normas propias en materia de obligaciones extracontractuales. Sin embargo, tal y como establece este artículo en su segundo apartado, los Estados miembros que posean más de una unidad territorial con distintas normas en esta materia no estarán obligados a aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a esas unidades territoriales.

¹⁷ Así lo establece el Considerando nº 7 Reglamento Roma II; STJCE de 14 octubre 1976, as. 29/76, *Eurocontrol*; STJCE de 21 abril 1993, as. C-172/91, *Volker*; STJUE 14 noviembre 2002, as. C-292/05, *Baten*; STJUE 12 septiembre 2013, as. C-49/2012, *The Commisioners*.

¹⁸ *Vid.* M. Bogdan, “General Aspects”, *The unification of choice of law rules on Torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44, esp. pp. 38–39.

15. Partimos de la premisa de que se trata de un concepto de “obligaciones” autónomo que ha de tener una interpretación uniforme en todos los Estados miembros. Es menester recordar que el objetivo que subyace a la unificación de las normas de conflicto, también en materia de obligaciones extracontractuales, es consolidar un verdadero espacio de seguridad y justicia, con lo que los conceptos empleados por los instrumentos europeos deben ser interpretados de manera uniforme y no pueden depender del significado que les otorguen los distintos ordenamientos estatales¹⁹. A pesar de ello, el Reglamento Roma II no establece un concepto definido de lo que entiende como “obligación extracontractual”, así que habrá que acudir de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión que ha entendido que las obligaciones extracontractuales son todas aquellas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes; lo que se ha denominado una “vinculación jurídica voluntaria”²⁰.

16. Por su parte, el art. 1.2º Reglamento Roma II, excluye de su ámbito de aplicación una serie de obligaciones extracontractuales por integrarse en el marco de una relación de Derecho de familia, sucesorio, societario, entre otras, porque, si así fuera, dependerán de la relación previa de la que derivan²¹. Esta delimitación en negativo del concepto de “obligaciones extracontractuales” ha sido considerada larga y redundante y corre el riesgo de dejar fuera de su ámbito de aplicación eventuales obligaciones resarcitorias ajenas a esa relación, pero derivadas de la misma. De hecho, la ley aplicable a la responsabilidad por daños surgida en el seno de una relación contractual, familiar o sucesoria puede llegar a determinarse mediante la norma de conflicto del instrumento europeo y no excluirse de su ámbito de aplicación, a pesar de que la ley aplicable pueda ser distinta a la estipulada en el art. 4, cuya pretendida funcionalidad decae cuando la responsabilidad se origine en el ámbito de otro tipo de relación²².

17. El Reglamento Roma II motivado por distintas circunstancias, excluye explícitamente de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales calificadas de *acta iure imperii*, las obligaciones extracontractuales que se derivan de un daño nuclear²³ y las obligaciones extracontractuales vinculadas a

¹⁹ STJUE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kafalis*, aps. 16 y 17.

²⁰ A. Scott, “The Scope of non contractual obligations”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 57–84.

²¹ Por ejemplo, la razón para extraer la cuestión de responsabilidad de los funcionarios, miembros y auditores de las sociedades es que tal responsabilidad se considera inseparable de la ley que rige otros aspectos de las sociedades, *vid.*, M. Bogdan, “Tort liability in general”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44, p.41.

²² *Vid.* G. Palao Moreno, “Responsabilidad civil...”, *loc. cit.*, p. 285–286; M. Amores y E. Torralba, “XI Tesis...”, *loc. cit.*, p. 5.

²³ Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 19 julio 1960, BOE nº 28, de 2 febrero 1967.

la violación de la intimidad o a los derechos relacionados con la personalidad²⁴. La exclusión de su ámbito material de los supuestos en los que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su actividad o por actos *iure imperii* plantea dudas acerca de la posibilidad de integrar en su ámbito de aplicación la responsabilidad de empresas que operan vinculadas a un Estado, en tanto podrían llegar a reclamar inmunidad de jurisdicción²⁵.

18. Por otro lado, el Reglamento Roma II tampoco define de manera concreta lo que considera “daño” y en su art. 2 establece que se aplicará a cualquier obligación contractual o extracontractual que pueda surgir de un “hecho dañoso” y de un “enriquecimiento injusto, gestión de negocios o culpa *in contrahendo*”. Como vemos, se trata de una calificación general de lo que considera obligaciones no contractuales pero referida a institutos específicos. La referencia a instituciones específicas y la falta de definición expresa de las mismos puede desembocar justo en el efecto contrario al deseado y comportar que los Estados miembros apliquen el Reglamento Roma II de diferente manera²⁶.

19. El Reglamento Roma II en su art. 1.2º.d, excluye, expresamente, las obligaciones extracontractuales que se deriven de Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas relativas a cuestiones como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno o la responsabilidad de los socios y de los administradores respecto a obligaciones de la sociedad. Sin embargo, aunque la responsabilidad social de la empresa y las relaciones entre las empresas pertenecientes al mismo grupo (y, en este sentido, la extensión de la responsabilidad entre las empresas del grupo o incluso, podríamos pensar que el deber de vigilancia y o de supervisión sobre las empresas del grupo) se rige por la *lex societatis*²⁷, la potencial responsabilidad civil por daños derivados de abusos de DDHH en sus actividades transfronterizas

²⁴ M. Fallon, “La relación del Reglamento Roma II con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–217, A. Conradi y E. Torralba, “Difamación y Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251–265; J. Álvarez, C. Agoues, I. Iruretagoiena y N. Magallón, *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, K. Siher, “Violation of Privacy and rights relating to the personality”, en *The unification of choice of Law Rules and Torts and Other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 159–172.

²⁵ Como apunta M. Requejo Isidro, “Acces to remedy. Abusos contra Derechos Humanos en terceros Estados, ¿Justicia civil en Europa?”, *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos Humanos* (F.J. Zamora Cabot, J. García y L. Sales, eds.), *Cuadernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos*, nº 9, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 79–108.

²⁶ La falta de uniformidad en la categorización de las obligaciones no contractuales plantea un inicial problema de calificación. Un apunte de Derecho comparado en G. Carella, “The law applicable to non-contractual obligations other than tort or delict”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.) Pádua, Cedam, 2006, pp. 73–84.

²⁷ M. Requejo Isidro, “Acces to remedy...”, *loc. cit.*, p. 92.

a lo largo de su cadena de suministro sí se subsume dentro del ámbito de aplicación del instrumento europeo²⁸.

b) El carácter *erga omnes* del Reglamento Roma II

20. El art. 3 del Reglamento Roma II establece la naturaleza *erga omnes* del instrumento europeo. Por tanto, el Reglamento se aplica a todas las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación con independencia del domicilio, residencia habitual o nacionalidad de las partes, y aun cuando la ley señalada sea la de un Estado no miembro. Ello supone que se aplicará, aunque la competencia judicial del Estado miembro se haya establecido conforme a un instrumento de origen convencional o de origen autónomo, lo que adquiere especial relevancia ante las dificultades de acudir a un foro europeo a través del Reglamento Bruselas I bis.

Como sabemos, el Reglamento Bruselas I bis requiere un mínimo vínculo “comunitario” que refleje el interés de que la competencia judicial resida en un foro europeo, por ello, exige como regla general que el domicilio del demandado se halle en un Estado miembro. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones en los supuestos de responsabilidad civil de empresas por violación de DDHH en el desarrollo de sus actividades en terceros Estados el daño se produce en terceros países como consecuencia de actividades materializadas fuera del territorio europeo y por filiales domiciliadas en el lugar del daño. De modo que, si la sociedad que ha cometido el ilícito se halla domiciliada fuera del territorio europeo, las víctimas no podrán acceder al foro europeo a través del régimen instaurado en el Reglamento Bruselas I bis. Lo relevante a estos efectos es que la filial que ha ocasionado el daño se halla integrada en un entramado o grupo empresarial cuya matriz sí está domiciliada en un Estado miembro lo que nos obliga a demostrar el vínculo entre dos entidades con personalidades diferenciadas.

B) El funcionamiento de las normas de conflicto en el Reglamento Roma II

a) La autonomía de la voluntad

21. En el sistema de normas de conflicto del Reglamento Roma II la autonomía de la voluntad de las partes, al igual que sucede en las obligaciones contractuales, ocupa una posición preferente. El art. 14 prevé la posibilidad de que las partes

²⁸En este sentido, A. Duran Ayago, “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos Humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017-399, de 17 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y sus filiales)”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323-348.

elijan *ex post* la ley que va a regular la controversia. Debemos tener en cuenta que lo más habitual es que no medie relación entre las partes con anterioridad a la producción del daño y si su relación se inicia a raíz del hecho dañoso no habrán tenido la oportunidad de establecer un acuerdo anterior en el que se pacte la ley aplicable. En el Anteproyecto de Reglamento del Consejo sobre Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales de 2002²⁹ se apostaba por la elección de ley tanto antes, como después de la producción del hecho dañoso, otorgando primacía a la libre voluntad de las partes frente a cualquier otra conexión objetiva siguiendo una corriente tendente a dotar de mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad³⁰.

22. La posibilidad de realizar una elección de ley *ex ante* se mantiene en el texto final del Reglamento para aquellos casos en los que las partes desarrollen una actividad comercial con anterioridad a la producción del daño. En el resto de los supuestos la elección deberá ser siempre “posterior al hecho generador del daño” con el objetivo de proteger a la parte débil y restringir la capacidad de imponer esa elección por la parte fuerte. Pero en el supuesto en que ambos sujetos se dediquen a desarrollar una actividad comercial la situación paritaria entre las partes posibilita la elección de ley con anterioridad a la producción del daño.

La dificultad estriba en determinar qué se considera como “el desarrollo de una actividad comercial”. En principio, el Reglamento Roma II parece referirse a una actividad computable dentro del ámbito de la empresa (y fuera del ámbito privado) de personas privadas que desarrollan su actividad de manera independiente comercial o profesional³¹. En el supuesto entre dos profesionales el ejercicio de la autonomía de la voluntad con anterioridad, incluso, al hecho generador del daño les permite planificar su actividad y prever los efectos y consecuencias de sus “externalidades negativas”³².

23. El art. 14 Reglamento Roma II permite elegir la ley aplicable a todas las “obligaciones” extracontractuales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II: responsabilidad por daños, enriquecimiento injusto, gestión de los negocios y *culpa in contrahendo*, pero no se trata de un ejercicio de la autonomía de la voluntad ilimitado y contempla algunos requisitos.

²⁹ G. Palao Moreno, “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del anteproyecto de Reglamento Roma II)”, *Derecho patrimonial europeo* (G. Palao, L. Prats y M.J. Reyes, dirs.), Pamplona, 2003, p. 271; 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.

³⁰ N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2004, pp. 31–91.

³¹ Vid. S. Leible, “Alcance de la autonomía...”, *loc. cit.*, p. 228.

³² A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Las obligaciones ...”, *loc. cit.*, p. 3678.

Por un lado, permite la elección tanto la ley del foro, como la ley de un tercer Estado, sin embargo, debe ser siempre una ley de carácter estatal. Ahora bien, siguiendo la estela del Cdo. 13 del Reglamento Roma I, ello no excluye que las partes puedan incorporar por referencia a su contrato normas de carácter no estatal como los Principios Unidroit o los Principios de daños europeos³³.

Por otro lado, no se puede ejercitar la autonomía de la voluntad en determinadas materias específicas. Así se extrae de los preceptos sobre responsabilidad derivada de una infracción de los derechos de la personalidad y de los actos que restrinjan la libre competencia y competencia desleal, en los que se excluye expresamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

24. En cuanto a la formalización del acuerdo de elección de ley éste podrá ser expreso o tácito: deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso que deben mostrarse con una certeza razonable, tal y como establece su Cdo. 31. La similitud con las normas de sumisión del Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³⁴ nos permite extender a este precepto la jurisprudencia emanada al respecto y aplicarla de manera conjunta a ambos instrumentos. De un modo similar, sucede con los requisitos relativos a la perfección y validez del pacto –a los que tampoco alude el Reglamento Roma II– que no representan rasgos distintivos específicos que justifiquen unos requisitos distintos, por lo que se acudirá a las soluciones establecidas en materia contractual para evitar los problemas derivados la duplicidad de regulaciones³⁵.

Por último, la elección de ley prevé una serie de límites conforme a los que: no podrá afectar a los “derechos de terceros”, ni material, ni procesalmente; no podrá excluir la aplicación de disposiciones imperativas del Estado donde estén localizados los elementos pertinentes de la situación y, cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la relación se encuentren situados en uno o varios Estados miembros la elección de ley, no podrá desplazar la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, siendo aplicables en el Estado del foro, tengan carácter imperativo³⁶.

³³ *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law* [<www.egtl.org>]; T. Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable Law in tort”, *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern y W. Binchy (eds.), Boston–Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–129, p. 118; A favor de esta posibilidad, a pesar de lo complicado que le resulta a tenor del Reglamento Roma II, se manifiesta G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, p. 317.

³⁴ Reglamento (CE) nº 503/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; DO nº L177 de 7.2008.

³⁵ M. Amores Conradi y E. Torralba, “XI Tesis...”, *loc. cit.*, pp. 13–16; T. Kadner Graziano, “Freedom...”, *loc. cit.*, pp. 117–118.

³⁶ STJCE 9 noviembre 2000, en el asunto C–381/98, *Ingmar GB Ltd C. Eaton Leonard Technologies Inc*; S. Leible, “Alcance...”, *loc. cit.*, pp. 234–237; T. Kadner Graziano, “Freedom...”, *loc. cit.*, p. 120–123; A. Mills, “The application...”, *loc. cit.*, p. 148.

b) La regla general: la *lex loci delicti commissi* como *lex loci damni*

25. El art. 4 Reglamento Roma II establece la *lex loci delicti commissi* como respuesta base del sistema de responsabilidad civil por daños. Se trata de una solución utilizada por la mayor parte de los sistemas conflictuales de los Estados miembros³⁷ y que, por tanto, facilita la uniformización de soluciones en favor de la consolidación del mercado interior³⁸. El lugar donde se ha cometido el hecho del que deriva el daño posee un marcado carácter territorial influenciado por las corrientes jurídico-públicas que parten de la identidad de los ilícitos penales y civiles y, conforme al mismo, la ley rectora de la responsabilidad civil es la ley del país donde se ha cometido el ilícito o el hecho del que deriva el daño³⁹.

26. La aplicación de la regla del art. 4, a pesar de erigirse en norma general, está supeditada a la concurrencia de una serie de normas especiales dirigidas a regular supuestos específicos de responsabilidad que, en el fondo, conforman la mayor parte de los daños que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual y que la convierten en una norma de carácter residual. Conforme al Cdo. 19 del Reglamento Roma II “conviene prever normas específicas para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable”, de modo que la regla general ya nace afectada por las normas específicas. Las distintas circunstancias que rodean a cada sector de la responsabilidad extracontractual comportan la necesidad de excepcionarla o de crear normas específicas para sectores concretos, como va a suceder con la responsabilidad extracontractual de empresas por abusos a DDHH. El Cdo. 21 del Reglamento Roma II refleja la especial coyuntura existente entre la norma general y las normas específicas cuando establece que las normas especiales previstas por el art. 6 realmente no constituyen una excepción sino, más bien, una “aclaración” de la norma general.

27. El lugar donde ocurre el hecho del que deriva el daño o *lex loci delicti commissi*, presenta una serie de ventajas entre las que destaca el alto grado de previsibilidad que concede a ambas partes que estarán sometidas a las normas del lugar donde actúan o donde se encuentran en el momento en que se produce el daño y, aunque se ha calificado como una conexión débil y de carácter residual⁴⁰, representa una vinculación objetiva basada en la proximidad de los hechos y el

³⁷ Vid. A. Saravalle, “Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato”, *Riv. dir.int.pr.proc.*, 1995, pp. 657–672, p. 658; C.G.J. Morse, “Choice of Law in Tort: a comparative survey”, *American Journal of Comparative Law*, 1984, pp. 51 ss.

³⁸ G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, p. 360–363.

³⁹ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional privado*, 3ª ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 502; J. González Campos y otros, *Derecho Internacional Privado. Partes especial*, 6ª ed. Eurolex, Madrid, 1995, pp. 225–229.

⁴⁰ F. Garcimartín Álferez, “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2007, pp. 241–250; G. Palao Moreno, *Responsabilidad civil...op. cit.*, pp. 343–347.

supuesto litigioso, y entre el supuesto litigioso y el ordenamiento jurídico que lo va a regular. Asimismo, complementa al *forum delicti commissi* del art. 7.3º Reglamento de Bruselas I bis provocando una equiparación entre *forum* y *ius* que facilita el correcto desarrollo del proceso y el fácil acceso a la obtención de pruebas⁴¹.

28. Ahora bien, a pesar de ser una conexión previsible, el lugar donde tiene lugar el hecho del que deriva el daño también es susceptible de señalar un ordenamiento meramente fortuito o accidental con escasa vinculación con las partes⁴². De hecho, como hemos visto, el sometimiento de las obligaciones derivadas de la producción del daño –y que no emanan de ninguna relación previa entre las partes– al ordenamiento vigente en el lugar donde acaece el hecho del que proviene se debe, precisamente, a la propia naturaleza de la obligación que le sirve de fundamento y a la falta de relación anterior que impide vincularlas *ex ante* a ningún otro ordenamiento. Así, germina su carácter residual que, en cierto modo, se emplea ante la falta de alternativas para establecer ninguna otra ley como aplicable de manera general⁴³. En definitiva, la *lex loci delicti commissi* nace abocada a ser desplazada por una ley que presente una mayor vinculación con las partes en función de situaciones específicas de responsabilidad civil y que, al final, a pesar de su especialidad, se aplican con mayor frecuencia que la norma general.

29. La *lex loci delicti commissi* del art. 4 del Reglamento Roma II se refiere a la ley del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño sin tener en cuenta la posibilidad de que el hecho generador del daño y el daño puedan producirse en diferentes Estados, a pesar de que es algo muy habitual en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual⁴⁴. De esta forma, se equipara a la conexión general al *locus damni* como ley del lugar donde se manifiesta el resultado de la acción o donde se produce el daño. El Reglamento Roma II ha optado por la ley del lugar donde se ha producido o pudiera producirse el daño directo prescindiendo de los daños indirectos⁴⁵ y apostando por la seguridad jurídica con el “deseo de encontrar un equilibrio entre las partes”. Ha favorecido la neutralidad y renunciado al principio de ubicuidad prescindiendo de la posibilidad de conceder a la víctima el poder de elegir la ley que le es más favorable. Considera que dicha posibilidad se corresponde con objetivos propios

⁴¹ Al respecto O. Khan-Freund, “Delictual liability and the Conflict of laws”, *Recueil des Cours*, 1968–III, pp. 36 ss.; C. Pryles, “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1991–II,

⁴² Extensamente, T.M. De Boer, *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in America Case Law*, Kluever, Deventer, 1987; C. Pryles, “Tort and...”, *loc. cit.*, p.791.

⁴³ M. Amores Conradi y E. Torralba Mensiola, “XI tesis...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁴⁴ STJUE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Mines de Potasse*.

⁴⁵ Vid. J. L. Iriarte Ángel “Lugar donde se produce el daño y consecuencias indirectas del hecho dañoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Culpa y Responsabilidad* (L. Prats, G. Tomás, coords.), Cizur Menor, 2017, pp. 597–612.

de las normas de competencia internacional pero que son contrarios a la seguridad jurídica y a la pretendida previsibilidad que ha motivado a las normas de Derecho aplicable⁴⁶. La potencial elección de la víctima se convierte, de esta forma, en una alternativa “excluyente” en la medida que la elección de una ley excluye la aplicación de la otra⁴⁷.

30. La norma de Derecho aplicable a diferencia de las normas de competencia judicial, está motivada por la idea de encontrar el ordenamiento jurídico con el que la situación jurídica presente los “vínculos más estrechos” o se encuentre “el centro de gravedad” de la situación jurídica y, ello, prevalece sobre la “correcta administración de justicia” y el buen desarrollo del proceso. Sin embargo, en el caso de los “delitos a distancia” en los que la ley del lugar donde se produce el acontecimiento causal y ley del lugar donde se manifiesta el daño no coincide – posibilidad cada vez más habitual debido al incremento de la complejidad y creciente internacionalización de estos supuestos– el carácter territorial de la *lex loci delicti* pierde valor⁴⁸. Debemos tener en cuenta que, tal y como apuntaba la Propuesta de Reglamento Roma II, e insiste el Cdo. 16 RR II, la opción de la norma general adoptada por el Reglamento Roma II se enmarca dentro de la concepción “moderna” de la responsabilidad civil basada en la función resarcitoria del daño y en la responsabilidad objetiva superadora de la función punitiva que comprende la responsabilidad por culpa⁴⁹.

31. De este modo, al hablar de daño, se refiere a los daños materializados y a los que “puedan producirse”, tal y como establece el art. 2 del Reglamento Roma II, sin tener en cuenta, como hemos mencionado con anterioridad, el lugar donde se ha producido el hecho generador del daño y con independencia del país o países donde se producen las consecuencias indirectas. Así en los daños a distancia cuando el hecho generador del daño y el daño se localizan en Estados distintos, el Reglamento Roma II opta por la ley del lugar del daño en calidad de lugar donde se sitúa el bien jurídicamente protegido dejando en manos de los Estados la determinación de los estándares de protección de los bienes que se encuentre en su territorio.

32. Ahora bien, ello plantea problemas de localización cuando una misma conducta produce daños en distintos Estados o a afecta multitud de partes. Según la teoría mosaico, asentada en el ámbito de la competencia internacional, se aplicaría la ley del lugar de cada uno de esos Estados donde se han manifestado

⁴⁶ Tal y como se establece en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (Roma II) COM (2003) 427, final, 22.7.2003, p.12–13.

⁴⁷ En este sentido J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo *Derecho Internacional Privado*, p. 505.

⁴⁸ G. Palao Moreno, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 349.

⁴⁹ También, M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Álferez, “Estado de origen...”, loc. cit., pp. 1809–1810.

los daños, pudiéndose aplicar tantas leyes como lugares se produzca el daño⁵⁰; pero el tenor del Reglamento Roma II decide no hacer frente a esta cuestión. Se trata de un asunto vinculado a una cuestión clásica del Derecho de daños y que gira en torno a dónde queremos poner el foco de atención de la norma: si atendemos a la conducta generadora del daño y, por tanto, pensamos en la manifestación de un único daño; o si ponemos el foco en la posible distribución de los perjuicios, lo que supondría daños separados por cada perjuicio.

33. La posibilidad de aplicar distintas leyes podría, ante la ausencia del Reglamento Roma II de predilección por ninguna de ellas, hacerse efectiva mediante la utilización del art. 4.3º Reglamento Roma II y utilizarlo para evitar la multiplicación de leyes derivada de la aplicación de la teoría mosaico. De esta forma, si el daño se produce en múltiples países –y consecuentemente se aplican multitud de leyes– serviría al tribunal para solventar las dudas e inclinarse por la ley del lugar de la acción en el supuesto de que el daño se encontrará “más estrechamente relacionado” con ese ordenamiento. Ahora bien, si de una única acción se derivan múltiples daños en distintos países, la aplicación del art. 4.3º (y del 4.1º) quedaría sujeta al efecto mosaico y debería aplicarse por separado⁵¹.

34. Vinculado a lo anterior, es menester recordar que Reglamento Roma II en su art. 17 apela a la consideración de las normas de seguridad vigentes en el lugar donde se produce el hecho para valorar la existencia del hecho y su relevancia. La propia infracción de las normas de circulación vial o de fabricación de un producto, por ejemplo, de ese lugar serán las que determinen la existencia y la gravedad de la responsabilidad.

35. Por último, cabe mencionar, tal y como establece al art. 15 Reglamento Roma II, que la *lex loci delicti commissi* se trata de una conexión única dirigida a señalar la ley aplicable a todos los aspectos de la responsabilidad extracontractual: desde el fundamento y alcance de la responsabilidad, las causas de exoneración, la evaluación de los daños y la indemnización, hasta las personas

⁵⁰ F.J. Garcimartin Álferez, “Un apunte...”, *loc. cit.*, p. 247; las posibilidades como establece G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, pp. 320–351; oscilan entre la alternatividad y que el juez o el sujeto perjudicado elijan el elemento localizador en aras a aplicar la *lex loci actus* o la *lex loci damni* (el estado de origen o el Estado de destino); o prescindir de ambos con lo que la falta de coincidencia nos llevaría a acudir al ordenamiento más estrechamente vinculado o, por último, hacer prevalecer uno sobre el otro ya sea con carácter general o dependiendo de los supuestos específicos. En el Derecho comparado apuestan por la ley del lugar donde se desarrolla la acción: art. 48.1. de la Ley austriaca de DIPr de 1978; art. 40.1 de la Ley de Introducción alemana; art. 30.1 de la Ley eslovena de DIPr de 1999 o en el art. 50 de la Ley de Estonia de DIPr de 2002; y entre las que aplican la ley del lugar donde se manifiesta el daño destacan: el art. 11.2, a) de la Ley de DIPr de 1995 de Inglaterra y Escocia; el art. 62.1 de la Ley italiana de DIPr de 1995, o el art. 3.1º de la Ley holandesa de DIPr de 2001.

⁵¹ A. Mills, “The application of multiple laws under the Rome II Regulation”, *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, John Ahern y W. Binchy (eds.) Leiden–Boston, Martinus Nijhof, 2009, pp. 133–152; pp. 135–136.

que tienen derecho a la reparación del daño sufrido. Únicamente prevé la aplicación de conexiones específicas para regular aspectos concretos de esa responsabilidad en los arts. 16 (leyes de policía), 17 (normas de seguridad y comportamiento), 18 (acción directa contra el asegurador responsable), art. 20 (responsabilidad múltiple), art. 21 (validez formal).

c) Excepciones a la regla general del art. 4 del Reglamento Roma II

36. Como hemos tenido ocasión de subrayar, la regla general se plantea en conjunción con una serie de soluciones específicas dirigidas a excepcionarla en los supuestos en los que las partes están vinculadas a un ordenamiento distinto al ordenamiento del lugar donde se ha producido el daño. Precisamente la ausencia de cualquier otro vínculo nos llevaba a determinar la ley del lugar del daño como ley aplicable por tratarse de una conexión neutra que presenta un vínculo con ambas partes y que, sin embargo, decae cuando las partes compartan otro tipo de circunstancia personal u objetiva con un ordenamiento distinto al del lugar del daño.

37. Así sucede en aquellos supuestos en los que ambas partes tienen la residencia común en un sitio distinto al del lugar donde se produjo el daño. De hecho, tal y como está planteada la norma y, en esa búsqueda de la ley más próxima a las partes, en defecto de que las partes hayan ejercido su autonomía de la voluntad y que hayan elegido la ley aplicable que prevalecerá sobre la norma general, se alude a la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada en el momento en el que se produce el daño. La residencia habitual de las partes se tendrá en cuenta en el momento de producción del daño, no en el momento en el que ocurre el hecho generador del daño –si es que difiere del anterior– ni en el momento de la reclamación⁵².

La residencia común de ambas partes garantiza previsibilidad y accesibilidad al ordenamiento aplicable, favorece el desarrollo del procedimiento y reduce los costes. Ahora bien, dota de prevalencia a los elementos personales de la situación litigiosa y prescinde de la conexión territorial, en cuanto se aplica con independencia de dónde se ha producido el daño, y ello puede llegar a comportar que el ordenamiento aplicable no vaya a ser el más favorable para las partes. Su estricta interpretación corre el riesgo de presentar inconvenientes similares a los de la *lex damni* y su aplicación estricta puede desembocar en la aplicación de soluciones imprevisibles para las partes, con lo que deberíamos apostar por una mayor flexibilidad en su aplicación⁵³.

⁵² F.J. Garcimartin Álferez, “Un apunte...”, *loc. cit.*, p. 248.

⁵³ J.D. González Campos, “Diversification...”, *loc. cit.*, p. 221.

38. El precepto se refiere a la residencia habitual de la persona de la que se alega la responsabilidad y de la víctima, de modo que en los supuestos en los que la persona responsable y la que ha realizado el daño difieran se referirá a la residencia del responsable.

39. Por último, el Reglamento Roma II prevé la posibilidad de no aplicar ni la ley del lugar del daño, ni la de la residencia habitual cuando sea posible identificar una ley distinta con la que el supuesto presenta vínculos más estrechos. Esta excepción, ya fue planteada hace tiempo por Morris⁵⁴ que propuso la traslación de esta conexión del ámbito del Derecho contractual internacional y que encontramos en ordenamientos como el suizo o el alemán (art. 15 Ley suiza, parra. 41 EGBGB).

Se trata de una norma dirigida a dotar de una mayor flexibilidad a las dos anteriores así que se erige en “cláusula de salvaguarda” del sistema y requiere una previa y difícil valoración que justifique su excepcionalidad⁵⁵. El Reglamento Roma II no establece cuales son las circunstancias a tener en cuenta para evidenciar la concurrencia de una vinculación manifiestamente más estrecha con otro país y se limita a establecer que deberán proceder del “conjunto de circunstancias del caso” o, tal y como indica el art. 4.3 del Reglamento Roma II, que puedan resultar de la existencia de una relación previa entre las partes como por ejemplo un contrato en el marco del cual se haya producido el hecho dañoso.

La previa existencia de una relación entre las partes –aunque la acción que da origen a la responsabilidad por daño sea autónoma o externa a la misma– se convierte en fundamento de la flexibilización de la regla general del *locus damni* y sustenta indicios válidos para justificar la existencia de vínculos más estrechos con un ordenamiento distinto al que resultaría aplicable, ya sea conforme a la regla general como a las reglas especiales. De esta forma, se ofrece una flexibilización de la regla general en virtud de la cual se puede llegar a señalar a una tercera ley distinta a la del lugar del daño y a la de la residencia habitual de las partes, sirviendo para mediar entre ambas leyes o, en caso de que coincidan, para señalar a otra diferente.

40. Esta vía de excepción convive con el art. 17 Reglamento Roma II que señala a las normas de seguridad y comportamiento del lugar donde se produce el hecho que da lugar a la responsabilidad como alternativa a la ley del lugar del daño para valorar el comportamiento de la persona o personas cuya responsabilidad se alega. Sin embargo, su aplicación de carácter excepcional y,

⁵⁴ J.H.C. Morris, “The Proper law of the tort”, *Harvard L. Rev.*, pp. 881–895; también en el Proyecto de Convenio del GEDIP, de 1998, art. 3.

⁵⁵ J.L. Iglesias Buhiges, “Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el Derecho conflictual español”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mijangos de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1123–1145.

en cierto modo, redundante la convierte en una solución de poca eficacia en la práctica⁵⁶.

2. El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por abusos de derechos humanos

41. El Reglamento Roma II no contiene un precepto específico sobre responsabilidad de las empresas por violación o abusos de DDHH, por lo que emplearemos el sistema que hemos visto con anterioridad que, salvo que las partes hayan ejercido la autonomía de la voluntad (art. 3 Reglamento Roma II) se compone de una norma general neutra de carácter residual basada en la territorialidad que se verá, frecuentemente, excepcionada con el objetivo de garantizar la proximidad o previsibilidad que la motiva. En los supuestos de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH a los objetivos que subyacen a las normas de responsabilidad civil extracontractual deberemos añadir principios de justicia material dirigidos a buscar el ordenamiento aplicable más favorable para la víctima o, por lo menos, a garantizar la aplicación de aquél que responda a unos estándares mínimos de protección de los DDHH, lo que, en cierto modo, complica la adecuación de unas normas que, como hemos visto en el epígrafe anterior, se mueven por otro tipo de finalidad.

A) La autonomía de la voluntad como mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos

42. La posibilidad ofrecida por el Reglamento Roma II de elegir la ley aplicable *ex post* resulta compleja de articular en materia de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH. La ausencia de una relación previa a la producción del daño entre las partes en este tipo de responsabilidad nos lleva a desechar la opción de plantear una elección *ex ante* y, la especial idiosincrasia de los daños, nos hace dudar de la viabilidad de que se produzca una elección *ex post* en la que coincidan los intereses de ambas partes. La autonomía de la voluntad, como excepción a la conexión objetiva contemplada por la norma general, se convierte en una opción alternativa a la falta de adecuación de la ley del lugar del daño para garantizar la efectiva

⁵⁶ Art. 17 RR II, "Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad". *Vid.* R. Fentiman, "The significance of close connection", en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern, W. Binchy (eds.) Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, pp. 85-112, p. 91.

reparación y protección de las víctimas, y la falta de concurrencia de intereses entre las partes es presagio de un difícil consenso.

En el caso de que lo hubiera, debemos subrayar la existencia de falta de paridad entre ambas partes y la importancia de proteger a la víctima que posee una capacidad negociadora inferior. No nos cabe duda de la consideración de “parte débil” de la víctima frente a la empresa y, en estos supuestos, es crucial garantizar que posee toda la información que le lleva a realizar la elección de manera facultativa⁵⁷. Aun así, teniendo en cuenta que el ejercicio de la autonomía de la voluntad frente a la norma general y a sus excepciones nos plantea la alternativa de señalar como aplicable un ordenamiento distinto al del lugar del daño y al de la residencia común de las víctimas, se convierte en la única posibilidad existente para aplicar un ordenamiento con unos estándares de protección mayores, aunque será difícil de aceptar por la parte que ha cometido el daño.

43. Además de la búsqueda del ordenamiento más favorable para las partes, la elección de ley puede estar motivada en el ámbito de la negociación entre las partes por ventajas procesales o materiales. Sin embargo, las dificultades sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero o las ventajas que comporta para el juez la aplicación del Derecho del foro son razones que, en el supuesto que nos ocupa, juegan sobre todo en beneficio de la víctima.

B) La garantía de unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos y la *lex loci delicti commissi*

44. Como hemos visto en el epígrafe anterior, la norma del art. 4 del Reglamento Roma II señala como ley aplicable al ordenamiento del lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso. Esta regla en los supuestos de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH en el ejercicio de sus actividades presenta inconvenientes específicos al sector de la responsabilidad en el que se circunscribe, al tipo de daño que se produce y al contexto en el que se desarrollan. La aplicación de la ley del lugar del daño en estos casos no se ve desplazada por la ausencia de previsibilidad que comporta esta conexión en algunas ocasiones tanto para el autor del daño como para la víctima; y el lugar donde se produce el daño en estos casos no es fortuito o accidental y presenta los vínculos suficientes para motivar la aplicación del criterio territorial desde el punto de vista de la proximidad entre el litigio y las partes. El problema se halla en que las multinacionales europeas cumplen con los estándares de amparo de DDHH europeos en el ejercicio de sus actividades en países que poseen niveles de protección similares y, sin embargo, dominan sociedades que cuando actúan fuera de Europa no cumplen con los mismos estándares y es, precisamente, en el

⁵⁷ Vid. M. Requejo Isidro, “Acces...”, *loc. cit.*, p. 93

ejercicio de actividades en terceros Estados con niveles inferiores de protección de los DDHH donde se producen los abusos de DDHH. La *lex loci delicti commissi* señala la ley del Estado anfitrión que es donde se ha producido el daño por lo que el cumplimiento de los DDHH o la reparación a las víctimas en caso de incumplimiento dependerá, conforme a este criterio, de la ley reguladora de la responsabilidad del Estado donde se llevan a cabo dichas actividades. En la mayoría de las ocasiones, ello se traduce no solo en la falta de reparación o indemnización a las víctimas, sino incluso, en serias dificultades para el desarrollo de acciones judiciales, así que la conexión utilizada por la norma de conflicto resulta inapropiada.

C) Excepciones a la norma general en materia de responsabilidad por abusos de derechos humanos

45. La ley de la residencia habitual común de las partes contemplada en el art. 4.2º Reglamento Roma II, en los supuestos de abusos de DDHH por parte de las empresas, nos lleva, con carácter general, a señalar como aplicable la ley del lugar donde se han desarrollado las actividades que han dado lugar al daño que suele coincidir con el domicilio de la filial causante material del daño, así que, realmente, no puede ser utilizada como correctivo de la norma general cuando la residencia de ambas partes esté localizada en un país con una legislación con estándares bajos de protección y no respondería a los objetivos que se pretenden alcanzar.

46. A la hora de determinar la residencia habitual de las partes tendremos que plantearnos cuál es la sociedad reclamada como responsable. Debemos tener en cuenta que la empresa puede provocar el daño de manera “directa” a través de acciones propias, o de manera “indirecta”, es decir, a través de acciones de otra empresa del grupo que o bien ha contribuido a provocar el daño o que guarde una estrecha relación con sus productos, sus operaciones o los beneficios derivados de la actividad que lo ha producido. Puede ser una sociedad filial, un proveedor o un subcontratista y mantener una relación comercial de manera directa o indirecta. Podemos tener en cuenta la capacidad de influencia de la empresa matriz sobre la filial, la capacidad de control, o el hecho de que el lugar donde se toman las decisiones sobre cómo desarrollar sus actividades sea distinto al lugar del daño podría servirnos para identificar a la cabeza del grupo como responsable y extender su responsabilidad al autor directo del daño.

47. La aplicación de la residencia habitual de las partes en función del art. 4.2º Reglamento Roma II es difícil en aquellos supuestos en los que se pretenda demandar tanto a la empresa matriz, con residencia habitual en un Estado miembro por su capacidad de influencia o decisión, como a la empresa filial autora material del daño cuando tengan la residencia en distintos Estados. Según

el precepto todos los demandados deben tener su residencia en el mismo lugar que la víctima y lo habitual es que el que ha realizado el daño la tenga en el lugar de su manifestación⁵⁸ y que, sin embargo, la empresa matriz tenga la residencia en un Estado distinto, de modo que tampoco se adecua a los supuestos que analizamos.

48. La última excepción prevista dirigida a flexibilizar la norma general ofrecida por el art. 4.3º Reglamento Roma II es la regla de los “vínculos más estrechos” y podría ayudarnos a señalar como aplicable un ordenamiento jurídico con mayores estándares de protección de los DDHH⁵⁹. La posibilidad de señalar un Derecho aplicable distinto dependerá de los elementos que tengamos en consideración, quién sea el demandado y cuáles sean los hechos que se le imputan. De modo que variará si el demandado es la empresa que realiza la actividad de la que deriva el daño o la empresa matriz europea autora intelectual en virtud de su capacidad de decisión y de control. En este último caso, cuando la responsabilidad derive de la omisión del deber de vigilancia y se pueda deducir que el daño se ha producido por violar la exigencia de diligencia debida de la ley del Estado en que está domiciliada la empresa, su vínculo con el ordenamiento de ese país para determinar la responsabilidad podría derivar, precisamente, de la infracción de esa norma⁶⁰. Resulta una posibilidad viable pero que tendrá que lidiar con la “excepcionalidad” de esta cláusula y con la voluntad hermenéutica de los tribunales.

49. Otra posibilidad que no hemos mencionado en el epígrafe anterior y que nos permitiría acudir a un ordenamiento distinto al del lugar de manifestación del daño sería atender a la norma específica del art. 7 del Reglamento Roma II prevista para los supuestos de responsabilidad por daños medioambientales. De hecho, muchas de las vulneraciones de DDHH poseen graves consecuencias para el medioambiente. Se trata de una norma de aplicación prioritaria que ofrece al demandante la posibilidad de elegir, en función de la teoría de la ubicuidad entre la ley del lugar de origen del daño y la ley del lugar de manifestación del daño. Si interpretamos que el lugar del hecho generador del daño se corresponde con el lugar donde se tomó la decisión que comportó el desarrollo de la actividad que produce el daño, la ley correspondiente al hecho generador del daño nos permitiría aplicar la ley de la residencia de la empresa matriz y acudir a una norma europea que garantice unos estándares de protección de los DDHH mínimos. El objetivo que subyace a la norma va más allá de proteger a una de las partes o de favorecer los intereses de la víctima y se dirige a instaurar una política legislativa que contribuya a aumentar los niveles de protección del medio

⁵⁸ Vid. M. Requejo Isidro, “Acces to remedy ...”, *loc. cit.*, p. 94.

⁵⁹ En el mismo sentido, M. Álvarez Torné, “El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, vol. LXV, nº 2, 2013, pp. 157–190, esp. p. 185.

⁶⁰ También A. Duran Ayago, “Sobre la responsabilidad...”, *loc. cit.*, p. 344.

ambiente, especialmente en la medida que el autor material obtiene un beneficio económico de su actividad nociva⁶¹.

50. El problema es que los daños producidos por abusos de DDHH en el desarrollo de actividades empresariales transfronterizas en muchos supuestos no producen daños medioambientales y no siempre tendría cabida la aplicación de la norma en detrimento de la norma general. Aun así, para contemplar esta posibilidad de elección entre ambas leyes se requiere una operación inicial en aras a delimitar cuáles son los daños que pueden ser calificados como daños medioambientales y se pueden subsumir en el art. 7 Reglamento Roma II y cuáles de ellos están vinculados a posibles abusos de DDHH.

51. La solución podría ser introducir una norma específica en materia de protección de DDHH que extienda el principio de ubicuidad a estos supuestos y que permita a la víctima elegir entre la ley del lugar de manifestación del daño y la ley del lugar de origen del daño. Podemos observar que los objetivos mostrados en materia medioambiental son, plenamente, trasladables al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivada de abusos de DDHH por parte de empresas en los que existe la necesidad de aumentar los niveles de protección a través de una política de promoción y protección de los DDHH resulta latente.

D) La operatividad de las normas imperativas y el orden público

52. En el Reglamento Roma II existen dos preceptos que nos permitirían apelar a la ineludible aplicación de determinadas normas de la ley del foro con independencia de la ley señalada por la norma de conflicto para evitar la aplicación de un ordenamiento con unos estándares de protección inferiores: el art. 16 del Reglamento Roma II sobre normas de policía o normas imperativas y el art. 17 del Reglamento Roma II sobre normas de seguridad y comportamiento. El art. 16 prevé la aplicación de la ley del foro en “aquellas situaciones que tenga carácter imperativo” –cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual– y dentro de las normas imperativas del foro se podrían incluir las normas de diligencia debida en materia de responsabilidad empresarial.

⁶¹ “(...) But the exclusive connection to the place where the damage is sustained would also mean that a victim in a low-protection country would not enjoy the higher level of protection available in neighboring countries. Considering the Union's more general objectives in environmental matters, the point is not only to respect the victim's legitimate interests but also to establish a legislative policy that contributes to raising the general level of environmental protection, especially as the author of the environmental damage, unlike other torts or delicts, generally derives an economic benefit from his harmful activity”, Proposal of a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non contractual obligations (Roma II), COM (2003)427 final, 27.2.2003.

53. Además, cuando la ley aplicable conforme a la norma general no contemple unos estándares mínimos de protección de los DDHH y permita su vulneración en el desarrollo de actividades empresariales, debería garantizarse la aplicación de la ley del foro con independencia de la ley señalada por la norma de conflicto a través de una cláusula de orden público “comunitario” asentada en un modelo de protección social, económico y medioambiental que responda a unos valores y principios propios de los países europeos e inherentes a una cultura de protección de los DDHH integrada por la Convención europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

54. El Reglamento Roma II posee una cláusula de orden público en su art. 26, pero se refiere al orden público del foro. Sin embargo, la Propuesta de la Comisión de 22 julio 2002, de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales⁶² integraba el concepto de orden público “comunitario” conformado por una serie de principios comunes a todos los Estados europeos que servían de fundamento para descartar la aplicación de un ordenamiento que no los cumpliera. Esta posibilidad proyectada al ámbito que nos ocupa coadyuvaría a prevenir conductas contrarias a los DDHH en la medida que no hallarían amparo en el ordenamiento del lugar del lugar de manifestación del daño.

55. Ahora bien, la utilización del orden público en los casos de responsabilidad civil extracontractual nos plantea ciertas dudas. Por un lado, el hecho de que las normas aplicables del país de acogida tengan un contenido distinto (aunque sea menos protector) al de la norma del foro no es suficiente, sino que debe haber una colisión manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del tribunal del foro⁶³. En este sentido, cuando la colisión se produce con normas que emanan de Convenios internacionales de DDHH su aplicación dependerá de la ratificación de los Estados y se aplicarán en el territorio de los Estados parte, pero debemos plantearnos si tienen potestad “extraterritorial” frente a actividades desarrolladas en terceros Estados. La cuestión es si podemos apelar al Convenio Europeo de DDHH en aras a determinar la ley aplicable en los supuestos de responsabilidad por daños perpetrados en terceros Estados como consecuencia de actividades realizadas en terceros Estados, aun cuando el supuesto se presente ante un tribunal europeo⁶⁴.

56. Si la aplicación de la ley extranjera conduce a un resultado que no garantiza unos estándares mínimos conforme a las normas del Convenio Europeo de DDHH, cabría aplicar el orden público y aplicar la ley del foro para garantizar su aplicación.

⁶² COM (2003) 427 final.

⁶³ STJUE 20 marzo 2000, C 7/98: *Krombach-Bamberski*.

⁶⁴ En este sentido, L. Enneking, “Judicial remedies: applicable law”, en *Human rights in business. Removal of barriers to access to justice in the European Union*, JJ. Alvarez y K. Yiannibas (eds.), Routledge, NY, 2017, pp. 38-74, p. 61.

Ahora bien, si la ley aplicable comporta unos resultados diferentes con respecto a la diligencia debida y su protección de los DDHH la excepción de orden público podría adquirir un carácter instrumental.

III. EL DERECHO APLICABLE EN LA PROPUESTA EUROPEA DE DIRECTIVA DE DILIGENCIA DEBIDA EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

57. La Comisión Europea presentó el 23 febrero 2022 la Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida en materia de sostenibilidad y DDHH⁶⁵. La Propuesta de Directiva establece la obligación de determinadas empresas europeas y de terceros Estados de incorporar procesos de identificación, prevención y diseño de remedios para mitigar los impactos adversos sobre los DDHH y el medioambiente, cometidos en sus actividades transfronterizas, ya sean provocados por la propia empresa, por sus filiales o por entidades con las que contribuyen a lo largo de su cadena de suministro. De esta forma, se ha iniciado un proceso legislativo europeo dirigido a instaurar un conjunto obligaciones en materia de DDHH para las empresas acompañado por la imposición de sanciones y la instauración de un régimen de responsabilidad civil en el caso de que incumplimiento.

58. El *iter* legislativo se inició, el 11 septiembre 2020, con la publicación de un Proyecto de Informe del Parlamento con recomendaciones sobre diligencia debida de empresas y responsabilidad corporativa⁶⁶, dirigido a la Comisión en forma de propuesta para desarrollar una Directiva vinculante que establezca obligaciones de debida diligencia en materia de DDHH para las empresas.

59. El Proyecto de Informe constituyó un punto de partida realmente ambicioso que abogaba por avanzar en la armonización tanto sustantiva, como procesal civil internacional. Su texto se compone de tres partes en las que combina la armonización sustantiva de las normas sobre diligencia debida de las empresas en Europa y su responsabilidad, con la unificación de las normas de competencia y normas de conflicto europeas propuesta a través de sendas modificaciones de los Reglamentos Bruselas I Bis sobre competencia judicial y Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

60. Con ello, pretende instaurar un régimen de responsabilidad civil extracontractual obligatoria en todos los Estados miembros de carácter intersectorial que exigirá tanto a las empresas europeas, como a las que operan en Europa, a cumplir de manera obligatoria con la diligencia debida a lo largo de

⁶⁵*Proposal for a Directive of European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive* (EU) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23.2.2022.

⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

toda su cadena de suministro y, en caso contrario, cuando de sus actividades deriven abusos de DDHH, conceda a las víctimas mecanismos adecuados para reclamar daños y perjuicios.

61. El Parlamento Europeo considera que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida debe convertirse en una condición necesaria para el acceso al mercado interior. De modo que se requerirá a los operadores que demuestren, mediante el ejercicio de diligencia debida, que los productos que introducen en el mercado interior cumplen con los criterios medioambientales y de DDHH que establezca la futura Directiva. El Parlamento, además, pide medidas complementarias, como la prohibición de importar productos relacionados con violaciones graves de DDHH, como el trabajo forzoso o trabajo infantil; y destaca la importancia de incluir el objetivo de combatir el trabajo forzoso en los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de la Unión.

62. Desde el punto de vista de las litigaciones transfronterizas, el Parlamento apela a la Comisión a incluir un régimen de responsabilidad y considera que, para que las víctimas puedan obtener una tutela judicial efectiva, las empresas deben asumir responsabilidades, de conformidad con su Derecho nacional y responder por el daño que las empresas bajo su control hayan causado – o al que hayan contribuido por acción u omisión– cuando estas hayan cometido violaciones de los DDHH. Ello a menos que la empresa pueda demostrar que actuó con la prudencia pertinente de conformidad con sus obligaciones de diligencia debida y que adoptó todas las medidas razonables para prevenir dicho daño. En este sentido, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia a las víctimas, alude a la importancia de garantizar la tutela judicial efectiva y de acabar, entre otros, con los obstáculos derivados de los plazos, las dificultades de acceso a las pruebas y la desigualdad de género y vulnerabilidad de las víctimas en terceros Estados.

63. A pesar de ello, el régimen de diligencia debida que establece la Propuesta de Directiva contiene unos requisitos mínimos que deben cumplir las empresas, pero no posee un conjunto completo de normas sobre responsabilidad civil derivada del incumplimiento de estas normas, así que las leyes corporativas y las leyes estatales seguirán aplicándose de manera complementaria para completar el régimen de responsabilidad civil extracontractual. Consecuentemente el Derecho Internacional privado juega un papel fundamental de cara a establecer tanto el foro de competencia como la ley aplicable en este ámbito, y el Parlamento europeo, consciente de ello, aboga por crear un *corpus* legislativo en el que también estarían incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas.

64. Desde el punto de vista de las soluciones de conflictos de leyes, que estamos analizando, el Proyecto de Informe del Parlamento, con el que veíamos se inicia el proceso legislativo hacia la elaboración de una Directiva de diligencia debida, incluía junto a la propuesta de modificación del Reglamento Bruselas I bis, una propuesta de modificación del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La Propuesta consistía en la introducción de una norma específica en materia de empresa y DDHH que utilizaría, de un modo similar a los daños medioambientales, el principio de ubicuidad contemplado en el art. 7 del Reglamento Roma II en las reclamaciones de DDHH relacionadas con empresas.

65. De esta forma, mencionado Proyecto, proponía incorporar al Reglamento Roma II una norma específica sobre empresa y DDHH, a través de un nuevo art. 6 a) que ponía a disposición de los demandantes la posibilidad de elegir entre las leyes de varios lugares con los que el daño está estrechamente relacionado. El sistema de ley aplicable a la responsabilidad de las empresas por abusos de DDHH quedaría compuesto por la norma de conflicto general del art. 4 de Roma II que prevé como ley aplicable la ley del lugar del daño o *lex loci damni* y el art. 6 a) del Proyecto permitiría a los demandantes optar por:

- a) La ley del país donde ha ocurrido el daño (*lex loci damni*).
- b) La ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño (*lex loci delicti commissi*).
- c) La ley del país donde está domiciliada la empresa matriz (*lex loci incorporationis*) o, cuando la matriz no tenga domicilio en un Estado miembro, la ley del lugar donde opera (*lex loci activitatis*).

66. Como vemos, la disposición específica sobre empresas y DDHH por la que apostaba en un inicio el Parlamento introducía el principio de ubicuidad, incluso ampliando las posibilidades contempladas en el art. 7 Reglamento Roma II vinculadas a los daños medioambientales que únicamente prevén la elección entre la ley del lugar del daño y la ley del lugar de la acción generadora del daño. El objetivo del Parlamento es asegurar la aplicación de la ley más favorable a la víctima y evitar la aplicación de la ley del Estado de acogida donde se ha generado el daño en función del art. 4 cuando sea la ley de un tercer Estado y con estándares de protección más bajos. De este modo, si se elige, en particular, la ley del domicilio de la empresa matriz y éste se encuentra en un Estado Europeo en el que se ha implantado la Directiva se aseguraría la promoción y consolidación de conductas empresariales más responsables.

67. Las ventajas de esta posible elección para las víctimas son claras, se respeta la autonomía de la voluntad de las partes, a salvo de las normas imperativas del

foro (art. 16 Reglamento Roma II). Además, en el caso de que los demandantes provengan de terceros Estados si lo que buscan es acudir a un foro europeo con las suficientes garantías judiciales, pero desean aplicar sus propias normas sustantivas, podrán mantener esa posibilidad y elegir la ley que consideren más favorable.

68. Sin embargo, la introducción del art. 6.a) conforme al Informe del Parlamento corre el riesgo de generar cierta inseguridad jurídica a las empresas que se verán impelidas a pronosticar el cumplimiento de hasta cuatro leyes de Estados distintos potencialmente aplicables y ello dificultará la previsión de cuál va a ser la ley que va a regular sus conductas hasta que se hubiera cometido el daño en detrimento de la previsibilidad e incrementando notablemente los costes.

69. Los problemas procedentes de la potencial multiplicación de leyes aplicables, llevó al Parlamento a reconsiderar su postura y a concluir que la aplicación de las normas europeas de diligencia debida en materia de DDHH pueden garantizarse sin modificar el Reglamento Roma II, pero invocando su carácter de normas imperativas. De hecho en la versión definitiva de la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa⁶⁷, se mantienen las disposiciones dirigidas a armonizar las obligaciones de diligencia debida a nivel europeo, pero desaparecen definitivamente las modificaciones previstas en el primer Informe de Proyecto de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II. En consecuencia, finalmente, el Parlamento se decanta por incluir un artículo (art. 20) en el texto de la Directiva que establece que las disposiciones pertinentes de la futura Directiva deben ser consideradas de carácter imperativo, en consonancia con el art. 16 del Reglamento Roma II. Con ello, busca mitigar la inseguridad jurídica que, como mencionábamos anteriormente, comporta la regla de la ubicuidad, pero garantizar la aplicación de las normas europeas de diligencia debida en materia de DDHH sin modificar el Reglamento Roma II, dotando de carácter imperativo y obligatorio al contenido de la Directiva.

70. Sin embargo, en la Propuesta de Directiva de la Comisión de 23 febrero 2022 no se recogen las recomendaciones ni del Proyecto de Informe inicial, ni de la Propuesta final del Parlamento sobre las modificaciones del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma II. Tampoco hallamos ninguna referencia a la imperatividad de la norma europea y ha desaparecido definitivamente el art. 20 de la Propuesta del Reglamento que bajo la rúbrica “Derecho Internacional Privado” establecía la obligación de los Estados de dotar a las disposiciones de

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

la Directiva del carácter imperativo en consonancia con el art. 16 del Reglamento Roma II.

71. La Comisión deja en manos de los Estados la posibilidad de considerar como normas imperativas todo lo referente a la diligencia debida empresarial apostando por una armonización previa del derecho sustantivo y renunciando tanto a la adopción de una norma de conflicto específica en materia de responsabilidad extracontractual por violación de DDHH como a su condición de norma imperativa. Siguiendo esta orientación en el art. 22 de la Propuesta de Directiva la Comisión, en su ap. 5º, incluye una alusión a que las medidas de responsabilidad adoptadas conforme a su contenido se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos sobre los DDHH o el medio ambiente, que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la presente Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta. Y, de este modo, el contenido de la futura Directiva se erige en una armonización de mínimos, pero admite la posibilidad de que los ordenamientos estatales vayan más allá sin que ello suponga una colisión normativa.

72. Además, la Propuesta de Directiva de la Comisión apela a los Estados miembros a garantizar que las disposiciones estatales que se desarrollen con el objetivo de trasponer la Directiva sean consideradas como normas imperativas en el caso de que la ley señalada para regular dicha responsabilidad sea la de un tercer Estado. Ahora bien, teniendo en cuenta que los Estados pueden trasponer el contenido de la Directiva de muy diferentes formas, se trata sin lugar a duda de una apuesta que nos obligará a analizar la forma de implementar la Directiva en cada Estado miembro.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

73. El acceso a la justicia y la garantía de una tutela judicial efectiva para las víctimas de abusos de DDHH producidas por empresas en el ejercicio de sus actividades transfronterizas, cuando se producen en terceros Estados, no se garantiza con los mecanismos de litigación internacional coexistentes en la actualidad. La frecuente denegación de justicia con la que se tropiezan los afectados apela a una mayor regulación de la responsabilidad civil y de los comportamientos empresariales y a una mejora de los mecanismos judiciales para dotar a las víctimas de las herramientas eficaces, que les permitan exigir conductas empresariales más responsables y respetuosas con los DDHH.

74. La armonización sustantiva y la unificación de los instrumentos de Derecho Internacional privado se convierten en vías complementarias que deben evolucionar de manera paralela con el objetivo de aumentar la protección de los

DDHH a nivel global. Para alcanzar una mayor regulación de los comportamientos empresariales e instaurar mecanismos adecuados de diligencia empresarial a lo largo de la cadena de suministro, el legislador europeo ha optado por lanzar una Propuesta de Directiva mediante la que pretende instaurar un régimen de responsabilidad civil obligatorio que exigirá a las empresas europeas– y a las que quieran operar en Europa– a cumplir con determinados mecanismos de diligencia debida a lo largo de toda la cadena de suministro.

75. La aprobación de una Directiva va a suponer una mayor regulación de los comportamientos empresariales y, quizás, una mayor responsabilidad desde el punto de vista sustantivo, pero también debemos mejorar los mecanismos de acceso a justicia para los supuestos de reparación a través de la adecuación de los instrumentos existentes a las particularidades propias de este tipo de daños. Sin embargo, la Propuesta final de la Comisión Europea de Directiva deshecha la modificación de los instrumentos de DIPr propuesta por el Parlamento en su Informe inicial.

76. La complejidad que presenta tanto el Derecho de sociedades como el Derecho de daños ha llevado al legislador europeo a optar por la Directiva como herramienta armonizadora dirigida a instaurar paulatinamente unos estándares mínimos comunes en el ámbito de la diligencia empresarial. Ahora bien, en cierto modo, podemos concluir que si lo que se quería era asegurar la aplicación de unos mínimos comunes y que la norma europea de diligencia debida se aplicara a lo largo de toda la cadena de suministro en toda Europa se podía haber optado por la elaboración de un Reglamento específico en la materia y no una Directiva. Con un Reglamento se garantizaría la aplicación uniforme en todos los Estados miembros independientemente de la ley señalada por el Reglamento Roma II y desaparecería de manera definitiva la incertidumbre derivada de la necesidad de establecer ley aplicable, sin modificar el Reglamento Roma II. La Unión Europea ha utilizado previamente el Reglamento como instrumento dirigido a unificar determinados sectores en materia de diligencia debida empresarial, así sucede con en el Reglamento sobre la madera⁶⁸ o el Reglamento sobre minerales en conflicto⁶⁹ que abordan cuestiones específicas de manera sectorial.

77. Otra opción posible y que incrementaría la autonomía de la voluntad de las partes y, a la vez, mitigaría la inseguridad existente en la actualidad, es adecuar las normas de conflicto del Reglamento Roma II a los supuestos de abusos de DDHH. Desde la perspectiva del Reglamento Roma II, el primer Informe

⁶⁸ Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 octubre 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DO L295 de 12.11.2010.

⁶⁹ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 mayo 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DO L130 de 19.5.2017.

presentado por el Parlamento incluía una ambiciosa propuesta dirigida a introducir en su articulado un precepto basado en el principio de ubicuidad que pone a disposición de los demandantes la posibilidad de elegir entre las leyes de varios lugares con los que el daño está estrechamente relacionado. En cierto modo, la dificultad de llegar a un consenso en torno a las normas de conflicto reguladoras de la responsabilidad extracontractual de las empresas por violación de DDHH puede ser mitigada por iniciativas de aproximación material que asienten unos estándares mínimos de diligencia debida pero nos parece mucho más eficaz apostar por una actuación complementaria de la técnica de armonización conflictual en tanto nos permitiría avanzar a una mayor velocidad en un ámbito en el que se requiere dar pasos firmes hacia una mayor protección de los DDHH.

78. Sin perjuicio de las distintas formas de implementar la Directiva de los distintos Estados miembros que pueden desarrollar sus normas estatales y trasponer la futura Directiva apostando por mayores o menores estándares de obligación de responsabilidad empresarial, la introducción de una norma de conflicto específica en el Reglamento Roma II dirigida a garantizar la aplicación de la ley más favorable a la víctima, de un modo similar a como ha instaurado el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia de contratos de trabajo, supondría la consolidación de unos estándares mínimos a nivel europeo en materia de protección de los DDHH totalmente acordes con nuestra cultura de defensa y protección de los DDHH. En este sentido apostamos por integrar una norma específica en el Reglamento Roma II en la que se otorgue a las partes la posibilidad de elegir, como hace el art. 7 Reglamento Roma II en el ámbito de la responsabilidad por daños medioambientales, entre la ley del lugar del daño y la ley del domicilio o residencia del demandado.

79. Mientras tanto la cláusula de orden público del Reglamento Roma II puede ser utilizada para rechazar la aplicación de ordenamientos no garantes de los DDHH en aras a prevenir los abusos de DDHH y a consolidar una política europea más protectora. Y las normas imperativas para avalar la aplicación de los estándares del foro cuando se consiga litigar ante tribunales europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- Mills, A.: "The application of multiple laws under the Rome II Regulation", *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, John Ahern y W. Binchy (eds.) Martinus Nijhof, Leiden–Boston, 2009, pp. 133–152.
- Álvarez Torné, M.: "El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *REDI*, vol. LXV (2013)2, pp. 157–190.

- Álvarez Rubio, J.J.: Agoues, C., Iruretagoiena I., y Magallón, N.: *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Aranzadi–Thomson Reuters, 2009.
- Amores Conradi, M.A., y Torralba Mendiola, E.: “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, 2000, nº 8, pp. 1–34.
- Amores Conradi, M.A.: “Art. 10.9”, en M. Albaladejo (Director), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.I, vol. 2, Madrid, 1995.
- : “Capítulo V”, *Derecho Internacional privado. Parte especial*, J. González Campos y otros, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos, Maderid, CESJ Ramón Carande, , 1993, pp. 291–335.
- Bogdan, M.: “General Aspects”, en *The unification of choice of law rules on Torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44.
- Bouza Vidal, N.: “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz*, 2004, pp. 31–91.
- Calvo A.L., y Carrascosa, J.: “Obligaciones extracontractuales”, *Tratado de Derecho Internacional privado*, A. L. Calvo y J. Carrascosa (dres.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3659–3838.
- Carella, G.: “The law applicable to non-contractual obligations other than tort or delict”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam; 2006, pp. 73–84.
- Conradi M. A, y Torralba, E.: “Difamación y Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251–265.
- De Boer, T.M.: *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in America Case Law*, Deventer, Kluwer, 1987.
- Díez–Picazo, L., *Derecho de daños*, Pamplona, Civitas, 1999.
- Duran Ayago, A.: “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos Humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017–399, de 17 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y sus filiales)”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348.
- Enneking, L.: “Judicial remedies: applicable law”, en *Human rights in business. Removal of barriers to acces to Justice in the European Union*, J.J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas (eds.) Routledge, NY, 2017, pp. 38–74.
- Fallon, M.: “La relación del Reglamento Roma II con otras normas d conflicto de leyes “, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–217.
- Fentiman, R.: “The significance of close connection”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractals obligations*, J. Ahern, W. Binchy (eds.), Leiden–Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 85–112.
- Fernández Rozas J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2004.
- Garau Juaneda, L.: “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en *La responsabilidad internacional. Actas de las XIII jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pp. 403 ss.
- Garcimartín Álferez, F.: “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2007, pp. 241–250.
- González Campos J. y otros: *Derecho Internacional Privado. Partes especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995.

- Iglesias Buhiges, J.L.: “Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el Derecho conflictual español”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1123–1145.
- Iriarte Ángel, J.L.: “Lugar donde se produce el daño y consecuencias indirectas del hecho dañoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Culpa y Responsabilidad*, L. Prats, G. Tomás (coords), Cizur Menor, 2017, pp. 597–612.
- Kadner Graziano, T.: “Freedom to choose the applicable Law in tort”, *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern y W. Binchy (eds.), Martinus Nijhoff, 2009, Leiden–Boston, pp. 113–129.
- Khan–Freund, O.: “Delictual liability and the Conflict of laws”, *Recueil des Cours*, 1968–III.
- 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.
- Marín López, A.: “Unificación del Derecho Privado material y Unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1967, pp. 23–41.
- Morris, J.H.C.: “The Proper law of the tort”, *Harvard L. Rev.*, vol. 64, 1951, pp. 881–895.
- Palao Moreno, G.: “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del anteproyecto de Reglamento Roma II)”, *Derecho patrimonial europeo* (G. Palao, L. Prats, M.J. Reyes, dirs.), Pamplona, 2003, p. 271.
- Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 175–239.
- Palao Moreno, G.: “Responsabilidad civil y Derecho Internacional privado”, en *Derecho de daños*, M. E. Clemente y M.E. Cobas (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, Va 2021, pp. 2005–20078.
- Pryles, C.: “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1991–II.
- Requejo Isidro, M.: “Acces to remedy. Abusos contra Derechos Humanos en terceros Estados, ¿Justicia civil en Europa?”, en *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos Humanos*, F. Z. Cabot, J. García y L. Sales (eds.), Cuadernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 9, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 79–108.
- Sanguinetti, W. y Bautista, J. (dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menos, Thomson Reuters, 2022.
- Saravalle, A., “Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato”, *Riv. dir.int.pr.proc.*, 1995, pp. 657–672.
- Morse, C.G.J.: “Choice of Law in Tort: a comparative survey”, *Am. J. Comp. L.*, 1984, pp. 51 y ss.
- Scott, A.: “The Scope of non contractual obligations”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, Martinus Nijhoff, Leiden–Boston, 2009, pp. 57–84.
- Siher, K.: “Violation of Privacy and rights relating to the personality”, *The unification of choice of Law Rules and Torts and Other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 159–172.
- Weintraub, B.: “Rome II and the tension between predictability and flexibility”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, pp. 561–572.

Recepción: 30 junio 2022
Aceptación: 14 septiembre 2022

Régimen jurídico de las “invitaciones a comprar” en el Derecho internacional privado europeo

José Ignacio PAREDES PÉREZ*

SUMARIO: I. Introducción.— II. La figura de la invitación a comprar en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. 1. Concepto y requisitos de información sustancial. 2. Prácticas comerciales engañosas. III. Aspectos internacionales en el marco de la competencia desleal. 1. Régimen jurídico aplicable. 2. Medidas preventivas, medidas correctoras y tribunales competentes. IV. La calificación de la invitación a comprar como verdadera oferta contractual. 1. La efectiva celebración de un contrato. 2. La asunción de un compromiso unilateral voluntario. V. A modo de conclusión final.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es el estudio del contenido y el alcance de la figura de la invitación a comprar de la Directiva 2005/29/CE en el Derecho internacional privado europeo. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal, se analiza la determinación del régimen jurídico aplicable a esta modalidad de publicidad, los problemas de calificación de las acciones judiciales y la determinación de los tribunales competentes en los litigios relativos a supuestos en los que no se facilita al consumidor la información sustancial exigida. Asimismo, el presente trabajo se ocupa de analizar la incidencia de la figura de la invitación a comprar en el ámbito del Derecho contractual, a la luz de la posible calificación de su contenido como una verdadera oferta contractual, y no como una mera invitación a recibir ofertas.

PALABRAS CLAVES: INVITACIÓN A COMPRAR - PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES - OFERTA CONTRACTUAL - CONTRATOS CON CONSUMIDORES - COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL - LEY APLICABLE.

Legal framework of “invitations to purchase” under european private international law

ABSTRACT: The purpose of this paper is to study the content and scope of the concept of invitation to purchase from the Directive 2005/29/EC in European private international law. From the perspective of unfair competition law, its analyses the determination of the legal regime applicable to this form of advertising, the problems of characterization of legal actions based on Directive 2005/29/EC and the determination of the courts with jurisdiction in disputes relating to cases in which the required substantial information is not provided to the consumer. This paper also analyses the impact of the figure of the invitation to purchase in the field on contract law, in the light of the possible characterization of its content as a contractual offer, and not as mere invitation to offer.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid (acreditado a Profesor Titular de Universidad).

KEYWORDS: INVITATION TO PURCHASE - UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES - CONTRACTUAL OFFER - CONSUMER CONTRACTS - JURISDICTION - CONFLICT OF LAWS.

I. INTRODUCCIÓN

1. La invitación a comprar es una figura incorporada en la legislación de los Estados miembros de la Unión por la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales (en adelante, DPCD)¹, para caracterizar una forma específica de publicidad directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores², cada vez que un comerciante ofrece información suficiente sobre las características del producto y el precio, haciendo posible que el consumidor tome una decisión de contratar o no un producto a un precio determinado. En el caso de las invitaciones a comprar, el art. 7.4º DPCD obliga al comerciante a proporcionar una serie de requisitos de información, que denomina sustancial, para garantizar que un consumidor medio tome una decisión sobre una transición con el debido conocimiento de causa. La no facilitación de dicha información es determinante para poder calificar como desleal una invitación a comprar por considerarse engañosa (II).

2. En materia de competencia desleal, los comerciantes que pretenden comercializar sus productos o servicios en diferentes Estados miembros (EEMM) de la Unión pueden recurrir a una amplia gama de comunicaciones comerciales consideradas normalmente invitaciones a comprar –ya sea a través de un medio tradicional o por vía electrónica, mediante el correo electrónico o a través de un sitio web–, lo que condiciona, en un plano transfronterizo, que cada práctica comercial concreta se enjuicie conforme a la ley del mercado sobre el cual produce su efecto típico, o que los litigios civiles a los que puede dar lugar la infracción del art. 7.4º DPCD reclamen la competencia judicial internacional (CJI) de los órganos jurisdiccionales de distintos EEMM. En este contexto, la existencia de un sistema común de referencia en los EEMM gracias al carácter

¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 mayo 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), DO nº L 149 de 11 junio 2005.

² El ámbito de aplicación de la DPCD es bastante amplio, en la medida en que abarca todas las prácticas comerciales de las empresas que perjudican los intereses económicos de los consumidores, directamente vinculadas con la fase de comercialización y suministro de un producto (promoción, venta o suministro), como después de que se haya efectuado la transacción (fase posventa), *vid.* STJUE 20 julio 2017, as. C-357/16 *Gelvora* (ECLI:EU:C:2017:573). La definición de producto también es extensa al comprender cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los servicios digitales y el contenido digital, así como los derechos y obligaciones, *cf.* art. 2.c) DPCD.

universal del Reglamento (CE) n.º 593/2008 (Roma I)³ y el Reglamento (CE) n.º 864/2007 (RR I)⁴, y al carácter cuasiuniversal del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 (RB I bis)⁵, es un dato relevante para poder analizar, desde una perspectiva *ex ante*, el marco jurídico con arreglo al cual los comerciantes pueden ordenar la difusión transfronteriza de invitaciones a comprar en condiciones de seguridad jurídica, revistiendo particular importancia, entre otros aspectos, el papel del criterio del mercado afectado en relación con el régimen jurídico aplicable, la coordinación del criterio de los efectos con la cláusula del mercado interior en el marco de las comunicaciones comerciales que constituyan un servicio de la sociedad de la información, las acciones judiciales y tipos de sanciones disponibles, así como la determinación y el alcance de la CJI en las controversias de dichos ilícitos civiles extracontractuales (III).

3. Ahora bien, la calificación de una comunicación comercial como invitación a comprar no solo tiene consecuencias directas en el sector del Derecho de la competencia desleal; también puede tenerlas en el ámbito del Derecho contractual, en la medida en que, como habrá ocasión de ver, atendiendo a su contenido, la posible calificación de una invitación a comprar como una verdadera oferta contractual condiciona la aplicación del régimen específico de protección previsto en los arts. 17 a 19 RB I bis, entendiéndose perfeccionado el contrato desde el momento en que la oferta sea aceptada por un consumidor. Por otra parte, la calificación de una invitación a comprar como una oferta contractual, y no como una invitación a negociar, constituye también un elemento determinante para la aplicación de foro especial contractual del art. 7.1º RB I bis, en el caso de que un consumidor pretenda solicitar la ineficacia de una revocación inapropiada y así poder exigir al comerciante la celebración del contrato en los términos anunciados (IV).

II. LA FIGURA DE LA INVITACIÓN A COMPRAR EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

1. Concepto y requisitos de información sustancial

4. La invitación a comprar es un concepto de origen europeo cuya definición recoge la letra i) del art. 2 DPCD, como una

³ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 177 de 4 julio 2008).

⁴ Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 199 de 31 julio 2007).

⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20 diciembre 2012).

“... comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra”⁶.

En su Sentencia *Ving Sverige*⁷, el TJUE ha calificado la invitación a comprar como una modalidad específica de publicidad que conlleva una obligación de más información para los comerciantes, desde el momento en que la información relativa al producto de que se trate y a su precio es suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión sobre una transacción, sin que sea necesario que la comunicación comercial incluya también un medio concreto de adquisición del producto, o que aparezca en conexión con tal medio o con ocasión de él. En consecuencia, toda comunicación comercial que incluya las características y el precio de un producto es, a los efectos de la DPCD, una invitación a comprar. El precio y las características del producto son los dos pilares sobre los que se apoya el concepto de invitación a comprar⁸, a la par que permiten distinguirse de las restantes comunicaciones comerciales al no ser su finalidad el desarrollo de una actividad persuasiva para la promoción de un producto, como la información sobre la venta de un producto, sus características y su precio⁹.

En efecto, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que cualquier comunicación comercial que incluya las características y el precio de un producto resulta suficiente para que pueda calificarse de una invitación a comprar¹⁰. En

⁶ Incorporado en el Derecho español en el art. 20 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), bajo el título “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios”: “Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación (...)”.

⁷ STJUE 12 mayo 2011, as. C-122/10, *Ving Sverige AB* (ECLI:EU:C:2011:299), aps. 27 a 29.

⁸ Cf. E. Salgado André, “El concepto de invitación a comprar y los requisitos de información en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 38, 2011-2012, pp. 647-660, esp. p. 657.

⁹ Vid. S. Zubero Quintanilla, “Naturaleza jurídica de la invitación a comprar”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 33, 2014, pp. 287-334, p. 7.

¹⁰ STJUE 30 marzo 2017, as. C-146/16 *Verband Sozialer Wettbewerb* (ECLI:EU:C:2017:243), ap. 25. A este respecto, al comentar el concepto de las invitaciones a comprar, la Comisión ha señalado que una comunicación comercial o publicidad que incluya una descripción exhaustiva de la naturaleza de un producto o servicio, así como de sus características y prestaciones, pero no su precio, no puede considerarse una invitación a comprar en el sentido del art. 2.i) DPCD. Un ejemplo de comunicaciones comerciales que no son invitaciones a comprar son los anuncios que promueven la marca de un comerciante más que un determinado producto, *vid.* “Comunicación de la Comisión. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior”, DO C-526, 29 diciembre 2021, p. 53.

este contexto, en su Sentencia *Ving Sverige*¹¹, el TJUE ha declarado que una interpretación no restrictiva del concepto de invitación a comprar es la única conforme con el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores. En dicho asunto, tomando en consideración la naturaleza del producto, como el soporte de comunicación utilizado, el TJUE ha considerado que una presentación escrita o visual del producto para designar un producto ofrecido en varias variantes, permite cumplir el requisito relativo a la inclusión de las características del producto¹², y que el requisito relativo a la mención del precio puede cumplirse si la comunicación comercial contiene un precio de partida, es decir, el más bajo al cual puede adquirirse el producto o el tipo de productos comercializados¹³. Una interpretación diferente podría alentar a los comerciantes a facilitar descripciones vagas de los productos o a indicar el precio más bajo para que la comunicación comercial en cuestión eludiese la calificación de invitación a comprar, y, por lo tanto, el respeto de las obligaciones de información sustancial establecidas en el art. 7.4º DPCD¹⁴. Además, en relación con la expresión del inciso final “y permite así al consumidor realizar una compra”, recogida en la definición del art. 2.i) DPCD, el TJUE ha señalado que no debe analizarse de modo que suponga un requisito suplementario necesario para la calificación de invitación a comprar, en el sentido de que la comunicación comercial tuviera que incluir un medio concreto de adquisición del producto o servicio, o que aparezca en conexión con tal medio o con ocasión de él (por ejemplo, un número de teléfono, un cupón o remitiendo a una web activa). Dicha expresión debe ser interpretada en el sentido de que la información sobre las características y el precio implicará que el consumidor dispone de datos suficientes que le permitan realizar la compra¹⁵.

5. Con todo lo anterior, el art. 7.4º DPCD enumera una lista cerrada de requisitos de información que deben figurar en las invitaciones a comprar, que se consideran sustanciales para que el consumidor pueda tomar una decisión de compra con conocimiento de causa¹⁶. El TJUE ha declarado que la obligación de indicar en una invitación a comprar la información mencionada en el art. 7.4º DPCD, no queda condicionada a que el proveedor de los productos en cuestión sea el autor de dicha invitación o lo sea un tercero, como, por ejemplo, un

¹¹ STJUE 12 mayo 2011, as. C-122/10 *Ving Sverige AB* (ECLI:EU:C:2011:299), ap. 29.

¹² *Ibid.*, ap. 49.

¹³ *Ibid.*, ap. 41.

¹⁴ *Ibid.*, ap. 39.

¹⁵ Vid. S. Zubero Quintanilla, *Las declaraciones publicitarias en la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 354; B. Peñas Moyano, “Sobre el concepto de invitación a comprar de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales: breves apuntes a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-122/10”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 10, 2012, pp. 207-220 (smarteca, p. 6); E. Salgado André, “El concepto de invitación...”, *loc. cit.*, p. 637.

¹⁶ Vid. STJUE 12 mayo 2011, as. C-122/10 *Ving Sverige AB*, ap. 28 (ECLI:EU:C:2011:299), ap. 62.

mercado en línea¹⁷. Concretamente, la lista de extremos que según el art. 7.4º DPCD constituyen información sustancial¹⁸, comprenden las características principales del producto, la dirección geográfica y la identidad del comerciante, el precio total, los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la existencia de un derecho de desistimiento, y en el caso de productos ofrecidos en mercados en línea, si el tercero que ofrece el producto es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea¹⁹.

2. Prácticas comerciales engañosas

6. Como ha tenido ocasión de precisar el TJUE en reiteradas ocasiones²⁰, a la hora de calificar una práctica comercial como engañosa, las únicas prácticas que se considerarán desleales en cualquier circunstancia son, con arreglo al art. 5.5º DPCD, las mencionadas en la lista exhaustiva comerciales en su anexo I. Como precisa expresamente el cdo. 17 DPCD, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los arts. 5 a 9 DPCD²¹. En lo que interesa al objeto de este estudio, especial interés tiene el punto 5 del anexo I, que establece la prohibición de realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que el comerciante pueda tener para pensar que no estará

¹⁷ Vid. STJUE 30 marzo 2017, as. C-146/16 *Verband Sozialer Wettbewerb* (ECLI:EU:C:2017:243), ap. 31.

¹⁸ Además, se ha de reseñar que el art. 7.5 DPCD considera sustancial los requisitos de información específicos que se encuentran en otros actos legislativos de la UE de carácter sectorial, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva, como las relativas a la contratación de viajes combinados y los circuitos combinados, a la contratación de derechos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido y de productos vacacionales de larga duración, a la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, a la información sobre los medicamentos para uso humano, a la contratación electrónica, a la contratación de créditos al consumo, a la contratación de seguros, y a la información de los prospectos de oferta pública o admisión a cotización de valores. Estos requisitos de información específicos resultan de aplicación, como *lex specialis*, de cara a la evaluación del cumplimiento del concepto de información sustancial en el sentido del art. 7.4 DPCD. Vid., a este respecto, STJUE 7 julio 2016, as. C-476/16 *Citroën* (ECLI:EU:C:2016:527), aps. 44 a 46, el TJUE en relación con la información del precio total, y la STJUE 25 julio 2018, as. C-632/16 *Dyson* (ECLI:EU:C:2018:599), en relación con las características principales del producto.

¹⁹ La modificación de la DPCD por la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 noviembre 2019 (DO L 238, de 18 diciembre 2019), ha introducido requisitos de transparencia respecto de los mercados en línea, debiendo garantizar a los consumidores una información adecuada de los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda (art. 7.4º bis DPCD), y una información de que el comerciante garantiza que las reseñas pertenezcan a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto (art. 7.6º DPCD).

²⁰ Vid., por todas, STJUE 19 septiembre 2013, as. C-435/11 *CHS Tour Services GmbH* (ECLI:EU:C:2013:574), aps. 37 a 39.

²¹ Vid., por todas, STJUE 23 abril 2009, as. ac. C-261/07 y C-299/07 *VTB-VAB* (ECLI:EU:C:2009:244), ap. 56.

en condiciones de ofrecer, él mismo o a través de otro comerciante, dichos productos o productos equivalentes a ese precio durante un período y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el producto, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate (publicidad señuelo). En la misma línea el punto 6 del anexo I considera desleal en cualquier circunstancia que el comerciante realice una invitación a comprar productos a un precio determinado para luego negarse a mostrar el artículo anunciado a los consumidores, o negarse a aceptar pedidos de dicho artículo o a hacer entregas del mismo en un período de tiempo razonable, o enseñar una muestra defectuosa del mismo, con la intención de promocionar un producto diferente (señuelo y cambio).

En su defecto, cuando se trata de una práctica que no está recogida en la lista del anexo I, el análisis del carácter desleal de una práctica comercial como engañosa, debe necesariamente llevarse a cabo según lo establecido respectivamente en los arts. 6 y 7 DPCD. Dicho lo cual, debe tenerse en cuenta que el hecho de que el comerciante facilite, en una invitación a comprar, la totalidad de la información enumerada en el art. 7.4º DPCD, no excluye que esa práctica pueda calificarse de engañosa con arreglo al art. 6.1º DPCD, pues al suministrar información falsa o no veraz, se trataría de una acción engañosa (art. 6.1º DPDC)²². Si bien, cabe reseñar que los casos más comunes de invitaciones a comprar consideradas desleales se producen típicamente cuando el comerciante oculta información, habida cuenta de que se considerará una omisión engañosa con arreglo al art. 7.2 DPCD²³. Concretamente, una invitación a comprar se considera como desleal por engañosa cuando la omisión de información puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado²⁴. En todo caso, en virtud de las aclaraciones efectuadas en los aps. 1, 3 y 4 DPCD, se desprende que los requisitos de información no son estáticos²⁵, de modo que, a los efectos de la calificación como desleal, se debe tener en cuenta también el contexto fáctico en el que se produce la invitación a comprar, las limitaciones de tiempo y espacio del medio de comunicación utilizado²⁶, y las características principales del producto. En

²² Vid. STJUE 26 octubre 2016, as. C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*, (ECLI:EU:C:2016:800), ap. 71.

²³ Vid., al respecto, SAP Madrid 28º nº 270/2014, de 3 de octubre (JUR/2014/292268), en relación con la omisión de información sustancial sobre las características del producto publicitado.

²⁴ A los efectos de verificar si una publicidad puede tener tal carácter engañoso, en la STJUE 8 febrero 2017, as. C-562/15 *Carrefour Hypermarchés SAS* (ECLI:EU:C:2017:95), ap. 31, el TJUE ha declarado que, teniendo en cuenta los consumidores a los que va dirigida, los tribunales nacionales deben tomar en consideración qué percepción tiene el consumidor medio de los productos o servicios objeto de la publicidad de que se trata, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

²⁵ Vid. “Comunicación de la Comisión. Guía sobre la interpretación...”, *loc. cit.*, p. 54.

²⁶ En este contexto, tal como ha precisado la STJUE 26 octubre 2016, as. C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*, (ECLI:EU:C:2016:800), ap. 42, contrariamente a lo que sucede con las omisiones engañosas (art. 7 DPCD), a los efectos de calificar de acción engañosa una práctica comercial, el art. 6 DPCD no contiene referencia alguna a las limitaciones de espacio o de tiempo inherentes al medio de

efecto, en su Sentencia *Canal Digital Danmark*²⁷, el TJUE ha declarado que las limitaciones de espacio o de tiempo que imponga el medio de comunicación utilizado deben ponderarse atendiendo a la naturaleza y a las características del producto de que se trate. Es necesario determinar si al comerciante le resultaba imposible incluir la información en cuestión o presentarla de forma clara. Cuando resulte imposible incluir toda la información sustancial relativa a un producto, el comerciante puede mencionar sólo una parte de ella si se remite para el resto a su sitio web, siempre que dicho sitio contenga la información sustancial relativa a las principales características del producto, al precio y a las demás condiciones, de conformidad con las exigencias establecidas en el art. 7.4º DPCD. Lo mismo ha declarado en relación con el requisito del precio, cuando, en virtud del medio utilizado, sea difícil mostrar el precio del producto correspondiente a cada una de sus variantes²⁸, y en relación con la dirección geográfica y la identidad del comerciante²⁹.

III. ASPECTOS INTERNACIONALES EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. Régimen jurídico aplicable

7. Para desarrollar un planteamiento introspectivo del DIPr susceptible de clarificar a los comerciantes el marco jurídico con arreglo al cual ordenar la difusión de las invitaciones a comprar en condiciones de seguridad jurídica, resulta conveniente partir del estudio del ámbito de aplicación de la DCPD con el objeto de identificar las prácticas comerciales comprendidas en su esfera espacial de eficacia. En este contexto, ante la falta de un indicador espacial en la DCPD, para la delimitación de las situaciones transfronterizas comprendidas en la esfera de aplicación de la DPCD, es preciso tomar en consideración su objetivo principal, que no es otro, siguiendo el cdo. 13, que la eliminación de los obstáculos al mercado interior mediante la armonización plena o de máximos de todas las prácticas comerciales desleales a los intereses económicos de los consumidores en toda la UE. Por lo tanto, tratándose de prácticas comerciales comprendidas en el ámbito de aplicación de la DPCD, determinante para la consecución de este objetivo es que el instrumento europeo vincule a todos los

comunicación utilizado. Por lo tanto, ha de deducirse de ello que las restricciones de tiempo a que pueden estar sujetos algunos medios de comunicación, como los spots publicitarios televisivos, no pueden tenerse en cuenta a efectos de apreciar el carácter engañoso de una práctica comercial con arreglo al art. 6.1 DPCD.

²⁷ STJUE 26 octubre 2016, as. C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*, (ECLI:EU:C:2016:800), ap. 63.

²⁸ STJUE 12 mayo 2011, as. C-122/10 *Ving Sverige AB* (ECLI:EU:C:2011:299), ap. 56.

²⁹ STJUE 30 marzo 2017, as. C-146/16 *Verband Sozialer Wettbewerb* (ECLI:EU:C:2017:243), ap. 28.

empresarios que dirijan su actividad comercial a la UE, y todo ello con independencia de que se traten de comerciantes establecidos en EEMM de la UE o en terceros Estados. No en vano, desde una perspectiva transfronteriza, las disposiciones de la DPCD constituyen normas internacionalmente imperativas que resultan aplicables a todos aquellos supuestos comprendidos en su esfera de aplicación, siendo el criterio de la afectación del mercado europeo el elemento que determina el ámbito de aplicación en el espacio del instrumento europeo³⁰. Lo cual no significa que, de la mera observancia de las obligaciones previstas en la Directiva por un comerciante, que dirige sus actividades en el seno de la UE, deba derivarse el reclamo simultáneo de todas las normas nacionales de transposición de los EEMM, sino únicamente las de los EEMM en cuyo territorio los intereses de los consumidores hayan resultado o puedan resultar afectados.

8. Precisamente, el criterio del mercado afectado consagrado en el art. 6.1º RR I, como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un acto de competencia desleal, coincide con el criterio que delimita el ámbito de aplicación espacial de las normas internacionalmente imperativas en materia de competencia desleal, como la DCPD³¹. En puridad, la norma de conflicto del art. 6.1º RR II reclama las normas nacionales concurrenciales en razón de su vocación de aplicación, por ser las del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados³², eliminando por su carácter imperativo cualquier posibilidad de exclusión de su aplicación en virtud de una elección por las partes (art. 6.4º RR II). Desde una perspectiva funcional, la norma de conflicto del art. 6.1º RR II proyecta al campo del DIPr el modelo social de la competencia desleal centrado en la finalidad de proteger la tutela de la competencia como institución en atención a todos los intereses implicados: competidores, consumidores y el interés general en el mantenimiento de un sistema competitivo no falseado³³. Por ello, con base en la orientación

³⁰ Vid., con este planteamiento, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2022, p. 690.

³¹ Vid. P.A. de Miguel Asensio, “Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, en *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, Madrid, Iustel, 2020, p. 168; *Derecho privado...*, op. cit., p. 691.

³² Vid. J.D. González Campos, “Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 9–426, p. 225; P. Rodríguez Mateos, “Competencia desleal”, en *Derecho del comercio internacional*, J.C. Fernández Rozas (dir.), Madrid, Eurolex, 1997, pp. 169–189, p. 188. En el marco de la libre competencia, vid. F. Esteban de la Rosa, “Aplicación del Derecho antitrust y técnicas de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, nº 80, 1996, pp. 815–848.

³³ Cf. cdo. 21 RB II. No en vano, la superación de un modelo individualista en pro de un modelo social consagrado en la legislación de los EEMM, y en el Derecho derivado europeo, explica el rechazo por el legislador europeo de todo intento de reglamentación de esta materia a través de una norma de conflicto puramente localizadora, no congruente con la función de ordenación del mercado del Derecho competencia desleal, cuya finalidad ha de dejado de ser resarcitoria, centrada en la persecución en abstracto de un ilícito civil (derecho subjetivos de los competidores), para ocuparse de la tutela del

institucional del Derecho de la competencia desleal, la norma de conflicto del art. 6.1º RR II cubre no solo los actos de deslealtad que han producido un menoscabo de los intereses de los consumidores, sino también los actos que representen un peligro real para dichos intereses, aunque no hayan llegado a producirse, y, por ende, influir en las condiciones de mercado³⁴.

Con todo lo anterior, de la finalidad de protección institucional de la competencia se deriva una lectura muy amplia de los actos de competencia desleal que quedan subsumidos en el supuesto de hecho de la norma especial del art. 6.1º RR II³⁵, en lo que a los intereses de los consumidores se refiere. Engloba, por un lado, las prácticas comerciales que perjudican la libertad decisional de los consumidores durante las fases de promoción, venta o suministro de un bien o un servicio, donde encajarían los ilícitos concurrenciales derivados de la omisión de información sustancial en las invitaciones a comprar, y, por otro, las prácticas comerciales que infrinjan un acto legislativo que tiene como finalidad proteger los intereses de los consumidores, como la DPCD, careciendo de pertinencia en este contexto que la comunicación pública solo pueda haber afectado a un único consumidor³⁶, o que el comerciante haya celebrado o no contratos con consumidores³⁷. Además, al concretar la aplicación del criterio del mercado afectado del art. 6.1º RR II no basta cualquier efecto, sino que debe tratarse de un efecto típico y sustancial³⁸. En esencia, la exigencia de la sustancialidad de los efectos es un corolario de la propia función institucional del Derecho de la competencia desleal y de la configuración del ilícito concursal como un ilícito objetivo y de peligro³⁹.

mercado como institución y de todos los que participan en él. Vid., a este respecto, M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 29–34; P.A. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 223–235; A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento de Roma II*, Granada, Comares, 2008, pp. 157–161; R. Espinosa Calabuig, *La publicidad transfronteriza*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 123–147; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021, p. 414; D. Carrizo Aguado, “Las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal”, en *Derecho internacional privado europeo (diálogos con la práctica)*, P. Domínguez Lozano (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 269–282, esp. pp. 276–279.

³⁴ STJUE 28 julio 2016, as. C–191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2016:612), ap. 42.

³⁵ Cf. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., p. 687.

³⁶ A este respecto, en la STJUE 16 abril 2015, as. C–388/13 *UPC* (ECLI:EU:C:2015:225), aps. 41–42 y 60, el TJUE ha declarado que en la DPCD no existen indicios que apunten a que la acción u omisión por parte del comerciante haya de revestir un carácter repetido o deba afectar a más de un consumidor.

³⁷ STJUE 1 octubre 2002, as. C–167/00 *Henkel* (ECLI:EU:C:2002:555), ap. 39.

³⁸ Cf. M. Virgós Soriano, *El comercio internacional...*, op. cit., p. 58; P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., p. 690.

³⁹ Cf. M. Ruiz Muñoz, “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre Consumo*, nº 79, 2008, pp. 89–114, p. 107.

Con respecto a las prácticas comerciales comprendidas en la esfera de aplicación de la DPCD, como las invitaciones a comprar, el criterio de los efectos conduce a la aplicación de la ley del Estado miembro en el que se difunde la comunicación comercial, pudiendo afectar por su carácter desleal los intereses colectivos de los consumidores (como categoría) residentes en dicho mercado⁴⁰, e igualmente los intereses de los consumidores (residentes o no) que contraten afectados por esta práctica comercial desleal⁴¹. Por ello, el criterio de los efectos constituye, a su vez, un límite a la hora de concretar la aplicación del punto de conexión del art. 6.1 RII en los casos en que el propio carácter transnacional del medio de comunicación utilizado hace que una práctica comercial sea accesible en diferentes países. Esta última circunstancia implica, con respecto de la difusión de invitaciones a compras a través de Internet, que la mera accesibilidad al sitio web en los que aparezcan dichas comunicaciones comerciales no es suficiente para considerar afectados los mercados de los países desde los que resulta accesible, máxime cuando el Reglamento (UE) 2018/302 prohíbe a los comerciantes bloquear o limitar el acceso de los consumidores de otros EEMM a sus interfaces en línea⁴². En el ámbito de la competencia desleal, resulta clave que la práctica comercial tenga un efecto sustancial sobre las normas concurrenciales del mercado concernido⁴³. De ahí que en el caso de la difusión en línea de invitaciones directas a la compra resulta relevante el territorio a cuyos consumidores está destinada la publicidad, siendo particularmente determinantes, a estos efectos, los indicios ofrecidos por la STJUE *Pammer y Hotel Alpenhof*⁴⁴, en relación con el criterio de actividad comercial dirigida en el marco del art. 17.1º.c) RB I bis (art. 6.1º RRI), en materia de contratos celebrados por consumidores.

9. En línea con lo anterior, cuando un comerciante dirige una invitación a comprar a consumidores residentes en diversos EEMM, el criterio del mercado afectado conducirá a la aplicación distributiva de las normas de transposición de la DPCD de cada uno de estos países. Ahora bien, en la medida en que la DPCD lleva a cabo una armonización plena y de máximos, a primera vista no se vería comprometida la aplicación simultánea y uniforme en la Unión de los requisitos de información sustanciales en las invitaciones a comprar, librando a los

⁴⁰ STJUE 28 julio 2016, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2016:612), ap. 43.

⁴¹ STJUE 9 julio 2020, as. C-343/19 *Volkswagen AG* (ECLI:EU:C:2020:534), ap. 39.

⁴² Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 febrero 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60, de 2 marzo 2018).

⁴³ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., p. 689; R. Espinosa Calabuig, *La publicidad...*, op. cit., p. 158.

⁴⁴ Vid. STJUE 7 diciembre 2010, as. ac. C-585/08 y C-144/09 *Pammer y Hotel Alpenhof* (ECLI:EU:C:2010:740), ap. 83.

comerciantes de la carga de satisfacer el régimen más estricto de los establecidos en los mercados a los que dirige su actividad. Sin embargo, cuando se profundiza detalladamente en la DPCD, es preciso constatar que, en relación con los requisitos de información sustanciales en las invitaciones a comprar, sus disposiciones dejan un margen de maniobra a los EEMM para adoptar normas adicionales, que sean más estrictas o prevean alguna excepción, siempre y cuando no menoscaben el contenido ni los objetivos de dicha Directiva⁴⁵.

10. En la medida en que el acto de competencia desleal derive de la difusión de una invitación a comprar a través de Internet, la autorización a los EEMM para adoptar disposiciones que se aparten de las normas fijadas por la DPCD tiene como consecuencia la aplicación de la cláusula de mercado interior del art. 3 Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico⁴⁶, a las actividades de los prestadores establecidos en un Estado miembros que ofrecen información en línea o comunicaciones comerciales⁴⁷. Puesto que el ámbito coordinado por la Directiva 2000/31/CE comprende el conjunto de requisitos aplicables a la publicidad (art. 2.h), salvo adopción en el Estado miembro de destino de medidas necesarias para garantizar la protección de los consumidores (art. 3.4º), la cláusula de mercado interior permite que el prestador establecido en un Estado miembro que realiza una invitación a comprar a consumidores residentes en otros EEMM, no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador (art. 3.2º). En este contexto, a tenor de la naturaleza material (no conflictual) de la cláusula de mercado interior⁴⁸, las disposiciones de la ley del mercado afectado designadas por el art. 6.1º RR II quedarán desplazadas por las disposiciones de la legislación del país de origen siempre que aquellas impongan requisitos de información sustanciales no previstos en la ley de origen y, por tanto, resulten contrarias al mandato de la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁵ El cdo. 14 DPCD impone la constatación de que el enfoque de plena armonización adoptado en la presente Directiva no excluye la posibilidad de que los EEMM especifiquen en su legislación nacional las principales características de determinados productos como, por ejemplo, los objetos de colección o los materiales eléctricos, cuya omisión sería sustancial cuando se hiciera una invitación a la compra. Por otro lado, el art. 3.9º DPCD prevé una limitación importante de la armonización plena en lo que respecta a los servicios financieros y a los bienes inmuebles, autorizando a los EEMM a imponer requisitos de información sustanciales que vayan más allá de las disposiciones de la Directiva en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza.

⁴⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOE L 171, de 17 julio 2000).

⁴⁷ Vid., al respecto, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 690–694; *Régimen jurídico de la publicidad...*, op. cit., pp. 248–253; “Bienes inmateriales...”, en *Derecho de los negocios...*, op. cit., pp. 175–176; R. Espinosa Calabuig, *La publicidad...*, op. cit., pp. 147–151.

⁴⁸ STJUE 25 octubre 2011, as. ac. C–509/09 y C–161/10 *eDate* (ECLI:EU:C:2011:685), aps. 61 y 66.

2. Medidas preventivas, medidas correctoras y tribunales competentes

11. El principio de unidad del régimen jurídico determina que la ley del mercado afectado regule, entre otros aspectos, la configuración y los elementos determinantes del ilícito concurrencial, la determinación de los responsables, las personas a las que se reconoce legitimación activa y las acciones que pueden ejercitar a los actos de competencia desleal (art. 15 RR II). Como punto de partida, es preciso reseñar el alcance armonizador bastante limitado de las disposiciones de la DPCD respecto de los mecanismos privados en términos de *private enforcement*⁴⁹. Solo las acciones colectivas de cesación fueron objeto de una significativa armonización, y ello en virtud de la interacción de la DPCD con la Directiva 2009/22/CE [actual Directiva (UE) 2020/1828]⁵⁰. Precisamente, el panorama altamente fragmentado de los remedios individuales reconocidos en los EEMM a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales ha llevado a las autoridades europeas a adoptar la Directiva 2019/1261/UE⁵¹, para añadir un nuevo art. 11 bis a la DPCD que armoniza ciertos remedios individuales, que se entienden sin perjuicio de las acciones que pudieran existir en las legislaciones nacionales. Además, ha de tenerse en cuenta también que tales medidas pueden solicitarse asimismo de forma colectiva a través de

⁴⁹ El art. 11.2º DPCD obliga a los EEMM a disponer de una acción de cesación contra las prácticas desleales, que incluya la orden de abstenerse y la prohibición de una práctica de ejecución inminente, y entre sus presupuestos su necesidad para la protección de los intereses en juego, en especial el interés general, e incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del comerciante. Además, el art. 11 DPCD reconoce a los EEMM la posibilidad de establecer la publicación de la resolución de cesación y la publicación de comunicados rectificativos, e imponía la obligación de reconocer legitimación activa a las personas o a las organizaciones que, con arreglo a la legislación interna, tengan un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores. Este cuadro de acciones (cesación, publicación de la sentencia y publicación de comunicados rectificativos) se encuentran en el art. 32 LCD. Vid. J. Massaguer, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 142–143.

⁵⁰ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 110 de 1 mayo 2009), tenía como principal objetivo la incorporación de acciones colectivas de cesación en la legislación de los EEMM destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en relación con los actos legislativos que aparecían enumerados en su anexo I, entre los que se encuentra la DPCD. La Directiva 2009/22/CE ha sido derogada por la Directiva 2020/1828/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (DO L 409, de 4 diciembre 2020).

⁵¹ Directiva (UE) 2019/2162/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 noviembre 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DO L 328 de 18 diciembre 2019).

acciones de representación resarcitorias en virtud de la Directiva (UE) 2020/1828.

En efecto, la mayoría de los ordenamientos optaron por no establecer ningún tipo de remedio jurídico encaminado a paliar los efectos contractuales derivados de la realización de prácticas comerciales, al margen del régimen común ofrecido por el Derecho de los contratos⁵². Otros, en cambio, se decantaron por establecer sanciones contractuales derivados de la realización de prácticas comerciales desleales, si bien con soluciones dispares⁵³. Para paliar la insuficiencia de medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, el nuevo art. 11 bis DPCD reconoce a los consumidores perjudicados el derecho a una indemnización de daños y perjuicios sufridos⁵⁴, y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato⁵⁵. Asimismo, deja en manos de los EEMM la determinación de las

⁵² Cf. A. Casado Navarro, “Consideraciones críticas sobre la opción del RD-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a las prácticas desleales con consumidores”, *La Ley Mercantil*, nº 88, 2022 (smarteca), pp. 1–21, p. 5.

⁵³ En relación con las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado, *vid.*, al respecto, F. de Elizalde Ibarbia, “La Directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del Derecho privado de la Unión Europea?”, *Revista de Derecho civil*, nº 4, 2021, pp. 47–89; esp. pp. 56–61; A. Casado Navarro, “Consecuencia negocial de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos de la normativa de la Unión Europea”, *CDT*, nº 1, 2022, pp. 116–149, esp. pp. 125–135, como el reconocimiento de un derecho de desistimiento (Alemania), la anulabilidad del contrato (Polonia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal), la nulidad del contrato (Francia), el reembolso del precio sin devolución del bien (Bélgica) y la rescisión del contrato o la rebaja del precio (Reino Unido).

⁵⁴ En el marco del presente estudio, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios está entre las acciones contra la competencia desleal previstas en el art. 32 LCD), junto a la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal, la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal y la acción rectificación de las informaciones engañosas incorrectas o falsas. En lo que a la legitimación activa se refiere (art. 33 LCD), las acciones de cesación y de resarcimiento de daños y perjuicios pueden interponerlas cualquier consumidor cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal. El art. 33 LCD excluye la posibilidad de que las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros, puedan interponer la acción de resarcimientos de daños y perjuicios.

⁵⁵ El legislador español ha dejado sin incorporar al ordenamiento español el mandato contenido en el art. 11 bis DPCD en el nuevo art. 20 bis TRLGDCU incorporado por el RD-ley, de 2 de noviembre, de transposición, entre otras, de la Directiva (UE) 2019/2161 (BOE nº 263, de 3 noviembre 2021), bajo el título “Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. En contraste con otros EEMM, como Portugal, que ha recogido dichas medidas correctoras en el art. 14 Decreto-Ley nº 57/2008, de 26 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales: “1. O consumidor tem direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal. 2. O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos no número anterior, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais. 3. Sem prejuízo do disposto no nº 1, o consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal, nos termos do presente decreto-lei, é ressarcido nos termos gerais”.

condiciones de aplicación y los efectos concretos de dichos remedios⁵⁶. Con todo, es importante señalar que la sanción contractual tenga su origen en una norma europea o en una norma nacional, en cuanto remedio jurídico que se activa frente a una práctica comercial desleal, los presupuestos de su ejercicio y sus efectos son aspectos que forman parte de la ley aplicable a la práctica comercial desleal, y no de la *lex contractus*.

12. En lo que respecta a la determinación de los tribunales competentes, a diferencia de lo que sucede en el sector de la ley aplicable, el RB I bis no contiene una norma específica que permita determinar la CJI en materia de competencia desleal. Lo cual no significa que los litigios internacionales derivados de una invitación a comprar calificada como desleal, en el sentido de la DPCD, queden sin atender en el marco del RB I bis. Dichos litigios constituyen típicamente un supuesto de ilícito extracontractual⁵⁷, y, por ello, en principio, comprendidos en el foro delictual del art. 7.2º RB I bis⁵⁸. Conviene recordar que el TJUE interpreta la noción de materia delictual del art. 7.2º RB I bis de forma autónoma y en contraposición de la materia contractual, incluyendo en dicho concepto todas las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual⁵⁹, en el sentido del art. 7.1º RB I bis. Dicha interpretación lleva a incluir en la noción de materia delictual todas las pretensiones que, lejos de basarse en una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra, tienen como fuente subyacente y original de la obligación controvertida la infracción de una obligación impuesta por la ley con carácter general⁶⁰, entre las que se encuentran comprendidas las acciones judiciales del presente estudio, tanto las pretensiones que tienen como objeto la solicitud de medidas resarcitorias como consecuencia de un perjuicio

⁵⁶ El legislador europeo deja en manos de los EEMM la determinación de las condiciones de aplicación de las medidas correctoras, que podrían incluir factores tales como la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes, así como de los efectos concretos de dichos remedios, como si la resolución del contrato conlleva la nulidad *ab initio* del mismo o únicamente la supresión de sus efectos futuros, siempre que se respeten los principios de adecuación y efectividad y se salvaguarde el efecto de la DPCD, *vid.* “Comunicación de la Comisión. Guía sobre la interpretación...”, *loc. cit.*, p. 25.

⁵⁷ Cf. P.A. de Miguel Asensio, “Bienes inmateriales...”, en *Derecho de los negocios...*, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁸ Siempre a condición de que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la UE (art. 4.1º RB I bis). Cuando el comerciante demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro, ni tampoco en Suiza, Noruega o Islandia (Convenio de Lugano de 2007), la jurisprudencia del TJUE en torno al art. 7.2º RB I bis constituye un referente hermenéutico de cara a la calificación de los conceptos contenidos en la letra b) del art. 22 quinquies LOPJ, *vid.* J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado española y de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 303–306.

⁵⁹ *Vid.*, por todas, STJUE 27 septiembre 1988, as. C–189/87 *Kalfelis* (ECLI:EU:C:1988:459), ap. 17.

⁶⁰ *Vid.*, en este sentido, STJUE 17 septiembre 2002, as. C–334/00 *Tacconi* (ECLI:EU:C:2002:499), aps. 25 y 27; STJUE 18 julio 2013, as. C–147/12 *ÓFAB* (ECLI:EU:C:2013:490), aps. 35 a 38, y STJUE 21 abril 2016, as. C–572/14 *Austro-Mechana* (ECLI:EU:C:2016:286), aps. 37 y 50. En nuestra doctrina, *vid.* por todos, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Compendio de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2022, p. 295.

efectivo, como las pretensiones que tratan de prevenir y hacer cesar conductas ilícitas.

13. En efecto, en concordancia con su función ordenadora de comportamientos⁶¹, las acciones colectivas de cesación de la Directiva (UE) 2020/1828 no guardan relación con la materia contractual, en el sentido del art. 7.1º RB I bis⁶². Tienen por objeto exigir la responsabilidad delictual del demandado como consecuencia de la obligación extracontractual que incumbe al comerciante de abstenerse, en sus relaciones con los consumidores, de realizar determinados comportamientos que el legislador reprueba⁶³. A partir de aquí, el TJUE ha concluido que debe calificarse como extracontractual, la acción entablada para conseguir el cese del menoscabo causado al ordenamiento jurídico como consecuencia de la infracción de la legislación en materia de protección a los consumidores por un comerciante, entre las que se encuentran las disposiciones de la DPCD⁶⁴. No en vano, con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad habilitada para ejercerlas⁶⁵, las acciones colectivas de cesación de la Directiva (UE) 2020/1828 tienen por objeto el control abstracto del comportamiento de los operadores en el mercado para hacer cumplir de forma objetiva el Derecho en materia de protección a los consumidores, sin que sea preciso que se hayan vulnerado los derechos concretos de uno o de un grupo consumidores y sin mediar un mandato por parte de estos. A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales y las acciones colectivas resarcitorias de la Directiva (UE) 2020/1828, orientadas a solicitar alguna de las medidas correctoras de la DPCD, como consecuencia del daño o perjuicio efectivo que pueda haber sufrido un consumidor concreto (acciones individuales resarcitorias) o un grupo de consumidores afectados (acciones colectivas resarcitorias) por este tipo de prácticas.

14. En el marco del presente estudio, estas acciones permiten la reparación del perjuicio causado a un consumidor o un grupo de consumidores como consecuencia de una omisión engañosa, que les pueda haber inducido a tomar

⁶¹ Vid., a este respecto, P. Jiménez Blanco, “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 119–146, p. 122.

⁶² Vid., a este respecto, M. Sabido Rodríguez, La tutela colectiva de los consumidores en Derecho internacional privado español: ordenación de algunos aspectos procesales”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 111–145, esp. pp. 130–131.

⁶³ STJUE 1 octubre 2002, as. C–167/00 *Henkel* (ECLI:EU:C:2002:555), ap. 41.

⁶⁴ STJUE 28 julio 2016, as. C–191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU: C:2016: 612), ap. 39; y STJUE 1 octubre 2002, as. C–167/00 *Henkel* (ECLI:EU:C:2002:555), ap. 41.

⁶⁵ A este respecto, la STJUE 16 julio 2020, as. C–73/19, *Movic BV* (ECLI:EU:C:2020:568), ap. 64, ha señalado que queda comprendida en el concepto de materia civil y mercantil, que figura en el art. 1.1 RB I bis, una acción ejercitada en el marco de la Directiva 2020/1828/UE por las autoridades de un Estado miembro contra profesionales establecidos en otro Estado miembro mediante la cual dichas autoridades solicitan, con carácter principal, que se declare la existencia de infracciones consistentes en prácticas comerciales desleales supuestamente ilegales y que se ordene su cesación, así como, con carácter accesorio, que se ordenen medidas de publicidad y se imponga una multa coercitiva.

una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubieran tomado. Como ha quedado señalado, los consumidores que contraten afectados por este tipo de prácticas tendrán a su disposición, en función de la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los remedios individuales de naturaleza extracontractual (indemnización de daños y perjuicios) o contractual (nulidad de pleno derecho o anulabilidad del contrato, resolución del contrato o la rebaja del precio), según corresponda y se disponga de ellas en la ley aplicable a la práctica comercial desleal. Por ello, al determinar la CJI en este tipo de situaciones, cuando la demanda se formula entre partes contratantes, puede surgir la duda de si deben ser calificadas, a los efectos del RB I bis, como contractuales (art. 7.1º) o extracontractuales (art. 7.2º). En este contexto, en la sentencia *Brogsitter*⁶⁶, el TJUE ha señalado que la mera circunstancia de que una de las partes contratantes entable una acción de responsabilidad civil contra la otra no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la materia contractual en el sentido del art. 7.1º RB I bis. La clave para proceder a una correcta calificación como contractual o extracontractual estriba en la fuente de la obligación que sirve de base a la demanda, con independencia de cuál sea la calificación de la acción en el Derecho nacional⁶⁷. Si en ella se discute de manera fundamental la infracción de una obligación libremente asumida entre las partes, la acción debe calificarse como contractual. Por el contrario, si se discute la infracción de un deber impuesto por la ley con carácter general, la acción se calificará como extracontractual. Dicho lo cual, cuando la acción, según la *lex mercatus protectionis*, se fundamenta en algunas de las medidas contractuales previstas en la DPCD, no ofrece duda de que la acción es extracontractual, en el sentido del art. 7.2º RB I bis. Así sucede, por ejemplo, cuando la acción de resolución del contrato se fundamenta en una infracción del art. 7.4º DPCD respecto de la omisión de información de las características principales del producto, que ha podido hacer que el consumidor tomara una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. En estos casos, siguiendo el razonamiento del TJUE en su Sentencia *Wikinghof*⁶⁸, el hecho generador del perjuicio alegado por el consumidor, que fundamenta la responsabilidad civil del comerciante, emana del incumplimiento de una obligación impuesta por ley con carácter general al demandado con independencia del contrato existente entre las partes⁶⁹.

⁶⁶ Cf. STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Brogsitter*, EU:C:2014:148, ap. 23.

⁶⁷ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 739. Con este planteamiento, vid. A. Espiniella Menéndez, “Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores”, *CDT*, nº 2, 2018, pp. 276-305, pp. 298-299.

⁶⁸ STJUE 24 noviembre 2020, as. C-59/19 *Wikinghof GmbH* (ECLI:EU:C:2020:950), ap. 33. Vid. a este respecto. F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 115. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., p. 678.

⁶⁹ Caso distinto de una acción de resolución del contrato basada en el art. 16 Directiva (UE) 2019/771 cuando la falta de conformidad se fundamente en el incumplimiento de cualquier declaración

15. Ahora bien, conviene subrayar que, en defecto de acuerdo de sumisión expresa, cuando la demanda se formula entre partes contratantes, la calificación de los litigios en materia de competencia desleal como ilícitos extracontractuales no siempre conduce a la aplicación del foro general del domicilio del demandado (art. 4.1º RB I bis) y del foro especial en materia delictual (art. 7.2º RB I bis), como ocurre con las acciones individuales sometidas a las reglas especiales de competencia de los arts. 17 a 19 RB I bis. En efecto, siguiendo al TJUE en su Sentencia *Reliantco*⁷⁰, sin perjuicio del respeto de los demás requisitos previstos en el art. 17.1º RB I bis, las acciones de responsabilidad civil delictual vinculadas indisociablemente al contrato efectivamente celebrado entre un consumidor y un profesional, quedan también subsumidas en el capítulo II, sección 4, de este Reglamento. Esto supone que las acciones individuales ejercitadas por un consumidor pasivo que haya contratado afectado por una invitación a comprar calificada como desleal, llamadas a solicitar cualquiera de las sanciones civiles (extracontractuales o contractuales) previstas en la DPCD, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis independientemente de que reciban una calificación delictual a efectos del RB I bis. Por consiguiente, a partir de lo anterior, se puede inferir que, en relación con litigios entre partes contratantes en los que el consumidor haya resultado perjudicado por una invitación a comprar desleal, el foro general del domicilio del demandado (art. 4.1º RB I bis) y el *forum loci delicti commissi* (art. 7.2º RB I bis) quedan reservados, a los efectos de la reclamación de cualquiera de las sanciones civiles (contractual o extracontractual) previstas en el DPCD, a las acciones individuales entabladas por consumidores activos (en el mercado intracomunitario) y a las acciones de representación resarcitorias ejercitadas por entidades habilitadas de la Directiva (UE) 2020/1828, en defensa de los consumidores afectados por esta práctica comercial desleal⁷¹.

16. Por último, el ofrecimiento de invitaciones a comprar a través de medios que se difunden en varios Estados produce la disociación del hecho dañoso y, por tanto, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE⁷², que la expresión “lugar donde se haya producido el hecho dañoso”, que figura en el art. 7.2º RB

pública realizada por el vendedor en la publicidad [art. 7.1.d) Directiva (UE) 2019/771]. En la medida en que se trata de una acción basada en normas jurídicas aplicables en virtud de dicho contrato, estaría comprendida en la materia contractual, en el sentido del art. 7.1 RB I bis. *Vid.*, en este sentido, STJUE 19 septiembre 2015, as. C-47/14 *Holterman Ferho Exploitatie* (ECLI:EU:C:2015:574), ap. 53, y STJUE 15 junio 2017, as. C-249/16 *Kareda* (ECLI:EU:C:2017: 472), aps. 30 a 33.

⁷⁰ STJUE 2 abril 2020, as. C-500/18 *Reliantco Investments LTD* (ECLI: EU:C:2020:264).

⁷¹ De acuerdo con STJUE 25 enero 2018, as. C-498/16 *Schrems* (ECLI:EU:C:2018:37), ap. 49, las acciones de representación resarcitorias de la Directiva 2020/1828 quedan excluidas del ámbito de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis, y, por tanto, sometidas al régimen general de aplicación del RB I bis.

⁷² *Vid.*, por todas, STJUE 29 julio 2019, as. C-451/18 *Tibor-Trans* (ECLI:EU:C:2019:635), ap. 28 y jurisprudencia citada. *Vid.*, a este respecto, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 680.

I bis, se refiera al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, y que la acción pueda ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos dos lugares. De este modo, en el caso específico de las invitaciones de compras realizadas mediante el uso de medios transfronterizos como Internet, el espejo de lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia relativa a los actos ilícitos cometidos en línea lleva a localizar el lugar del hecho causal en el Estado miembro del establecimiento del profesional infractor⁷³, como lugar cierto e identificable donde el comerciante decide el desencadenamiento del proceso de exhibición de la comunicación comercial. Por lo que respecta al lugar de producción del daño, en la medida en que el TJUE ha precisado que la materialización del daño en un Estado miembro determinado está supeditada a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado según su ley nacional sobre competencia desleal⁷⁴, se ha de considerar que el lugar del resultado del daño en los litigios relativos a una infracción del art. 7.4º DPCD se corresponde típicamente con el territorio del Estado miembro al que va dirigida la invitación a comprar controvertida, donde pueda generar o haya generado un daño, en cuanto mercado afectado⁷⁵. En dicho Estado miembro se manifiestan de forma concreta las consecuencias adversas del hecho causal: por un lado, el daño causado, o que pueda causar, al interés colectivo de los consumidores de ese mercado la conducta infractora de la DPCD⁷⁶; por otro lado, el perjuicio económico provocado a los consumidores que hayan contratado afectados por dicha práctica comercial desleal. En cuanto al tipo de acción, para el primer supuesto, resultan determinantes las acciones colectivas de cesación o, incluso, las acciones colectivas inhibitorias, que pueda ejercitar

⁷³ Vid., por analogía, STJUE 19 abril 2012, as. C-523/10 *Wintersteiger* (ECLI:EU:C:2012:220), aps. 30 a 38. Pese a tratarse de dos categorías diferentes, el lugar de origen del daño coincidirá en muchas situaciones con el Estado miembro en el que se localiza el domicilio del demandado en el sentido del art. 4.1º RB I bis, si bien en las situaciones en que no coincidan atribuirá competencia al tribunal del origen del daño, como el foro general del art. 4.1º RB I bis, para conocer de la totalidad del daño derivado de un acto de competencia desleal.

⁷⁴ STJUE 5 junio 2014, as. C-360/12: *Coty Germany* (ECLI:EU:C:2014:1318), aps. 55 a 57.

⁷⁵ En materia de competencia desleal, la materialización del daño en el territorio del Estado miembro en el que pueda producir efectos la práctica comercial desleal en cuestión explica también, con respecto a la difusión de invitaciones a comprar en línea, que la mera accesibilidad al sitio web en que aparezca la publicidad no es suficiente para concretar el lugar del resultado, en la medida en que, en el marco de la competencia desleal, es preciso que el demandado haya dirigido su actividad comercial al territorio del Estado miembro en cuyo territorio resulten o puedan resultar afectados los intereses de los consumidores (vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., p. 689; A. López-Tarruella Martínez, “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *REDI*, nº 2, 2017, pp. 223-256, p. 253), resultando también relevantes a estos efectos los indicios ofrecidos por STJUE *Pammer y Hotel Alpenhof*, en relación con el criterio de actividad comercial dirigida en el marco del art. 17.1º.c) RB I bis (art. 6.1º RR I), en materia de contratos celebrados por consumidores.

⁷⁶ STJUE 28 julio 2016, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2016:612), ap. 39.

una entidad habilitada de la Directiva (UE) 2022/1828, en interés general de los consumidores residentes en dicho Estado, independientemente de cualquier perjuicio efectivo que pueda haber sufrido un consumidor concreto o un grupo de consumidores. El segundo supuesto, en cambio, comprende las acciones individuales de reparación de consumidores activos (en el mercado intracomunitario), como las acciones de representación resarcitorias de entidades habilitadas de la Directiva (UE) 2020/1828, basadas en alguna de las medidas correctoras de naturaleza extracontractual o contractual previstas en la DPCD, con motivo del perjuicio patrimonial y directo causados a los consumidores a raíz de las prácticas ilícitas que el demandado ha podido llevar a cabo en la fase de promoción y comercialización del bien. En este caso, cuando el demandado dirige una invitación a comprar un bien omitiendo información sustancial, el perjuicio se materializa únicamente en el momento de la adquisición de tal producto por el consumidor, lo que permite considerar que el lugar de materialización del daño, a los efectos de la aplicación del art. 7.2 RB I bis, se halla en el territorio del Estado miembro de adquisición de tal producto⁷⁷, es decir, en el lugar del mercado afectado⁷⁸. El lugar del daño es aquel donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta y en concreto⁷⁹; el lugar donde una práctica comercial desleal dirigida a un Estado miembro (mercado de publicidad) da lugar a la adopción de una decisión sobre una transacción (mercado de venta) por parte de un consumidor (residente o no en ese Estado) que no lo habría tomado en caso contrario. Con todo, resulta preciso indicar que los tribunales de este Estado miembro sólo son competentes para conocer de los perjuicios causados en su respectiva demarcación territorial.

⁷⁷ Vid., por analogía, STJUE 9 julio 2020, as. C-343/19, *Volkswagen AG* EU:C:2020:534, ap. 39, en la que el TJUE concluyó que el lugar de materialización del daño en el caso de productos defectuosos, cuando el daño no es externo, sino interno al propio producto, se halla en el Estado miembro de adquisición de tal producto. A este respecto, vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “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 Prof. Dr. Roca Guillamón, t. I*, J. Ataz López y J.A. Cobacho Gomez (coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 987–1022, esp. pp. 1009–1010; V. Andreeva Andreeva, “Volkswagengate: competencia judicial internacional en caso de daños extracontractuales causados por productos defectuosos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio 2020, Asunto C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG*)”, *La Ley: UE*, nº 86, 2020 (smarteca), p. 8.

⁷⁸ Vid. A. Espiniella Menéndez, “Competencia judicial...”, *loc. cit.*, p. 295.

⁷⁹ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Capítulo XI. Foros especiales por razón de la materia”, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento de Bruselas I bis*, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 285–461, p. 366.

IV. LA CALIFICACIÓN DE LA INVITACIÓN A COMPRAR COMO VERDADERA OFERTA CONTRACTUAL

1. La efectiva celebración de un contrato

17. La calificación de una comunicación comercial como invitación a comprar no solo puede tener consecuencias directas en el sector de Derecho de la competencia desleal sino también en el ámbito del Derecho contractual, más allá de la propia exigibilidad de la publicidad en la fase de ejecución del contrato. En efecto, atendiendo a su contenido, la calificación de una invitación a comprar como una oferta contractual puede condicionar la aplicación del régimen específico de protección previsto en los arts. 17 a 19 RB I bis, habida cuenta de que permite al destinatario de la misma celebrar el contrato aceptándola, y con ello el cumplimiento de uno de los tres presupuestos exigibles para la aplicación de los arts. 17 a 19 RB IS bis⁸⁰. En este contexto, la calificación de las nociones de contrato y de oferta contractual constituye un elemento determinante para poder invocar, una vez perfeccionado el contrato con la aceptación del consumidor, la aplicación de los foros de protección a toda acción individual indisociablemente vinculada a ese contrato⁸¹.

⁸⁰ Junto a la exigencia de que “las partes han de ser un consumidor y un profesional”, el art. 17.1 RB I bis supedita la aplicación de los foros de protección a que se haya “celebrado un contrato entre el profesional y el consumidor”, y que el contrato celebrado esté comprendido en el marco de la “actividad comercial dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor”, salvo que se trate de ventas a plazos de mercaderías y contratos de crédito al consumo vinculados a la financiación tales bienes [art. 17.1º.a) y b) RB I bis], en los que los consumidores quedan protegidos en todo caso, sin condiciones de localización espacial del contrato. Vid., F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 133–134. Con todo, es importante aclarar que no es una exigencia para la aplicación de las citadas disposiciones que el contrato celebrado vaya siempre precedida de una verdadera oferta dirigida al consumidor en el Estado en el que esté domiciliado. El criterio de la actividad comercial dirigida al país del consumidor, como presupuesto de aplicación del régimen de protección de los arts. 17 a 19 RB I bis, comprende cualquier forma de publicidad hecha en el Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio, ya sea difundida de manera general o remitida de manera directa, con independencia de la naturaleza jurídica de las declaraciones publicitarias como verdaderas ofertas o como invitaciones a ofrecer (vid. STJUE 11 julio 2002, as. C-96/00 *Gabriel* (ECLI:EU:C:2002:436), ap. 44. Por el contrario, la exigencia de la efectiva celebración de un contrato, como presupuesto de aplicación del régimen de protección, requiere que la propuesta tenga el valor de una oferta contractual capaz de perfeccionar el contrato, en caso de ser aceptada. En estas circunstancias, las declaraciones publicitarias pueden constituir una verdadera oferta susceptible de perfeccionar el contrato, o pueden den lugar a una invitación a ofrecer con la que el comerciante tiende a facilitar que pueda elaborar una oferta contractual en un momento posterior. La celebración de un contrato en cualquiera de estos casos es suficiente para cumplir el requisito al que se refiere el art. 17 RB I bis.

⁸¹ Es importante recordar, con arreglo a la STJUE 25 enero 2018, as. C-498/16 *Schrems* (ECLI:EU:C:2018:37), ap. 49, que las acciones de representación resarcitorias de la Directiva

18. Con carácter preliminar, es preciso recordar que el RB I bis no define el concepto de contrato del art. 17 RB I bis, si bien, ello no ha impedido al TJUE a construir, a medida de su jurisprudencia, una definición autónoma de dicha noción, a partir del círculo hermenéutico que proporcionan el sistema y los objetivos de los instrumentos normativos europeos, los principios básicos del Derecho contractual común a los distintos sistemas jurídicos de los EEMM, y las respectivas conclusiones de los abogados generales, apoyadas en no pocos casos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y en el Marco Común de Referencia. En este contexto, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el término genérico de contrato del art. 17 RB I bis presupone un acuerdo de voluntades celebrado entre dos personas del que pueden nacer obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (contratos bilaterales), u obligaciones para una de ellas (contratos unilaterales), que se imponen en virtud de su compromiso⁸². Es decir, el acuerdo de voluntades de las partes, sobre la base de una oferta y su aceptación, se erige como elemento necesario para la celebración del contrato a los efectos del art. 17 RB I bis⁸³.

En consecuencia, una práctica comercial que reciba la calificación de invitación a comprar, en el sentido de la DPCD, dirigidas a personas indeterminadas (por ejemplo, a través de un sitio web), queda incluida en la esfera de aplicación del art. 17 RB I bis, cuando su contenido constituya una verdadera oferta al público, y no una mera invitación a hacer ofertas para contratar. En esta línea, para que exista una oferta a los efectos de la citada disposición, el TJUE ha declarado que resulta indispensable que el oferente se obligue jurídicamente, a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, respecto al objeto y al contenido, para así dar lugar a un vínculo de naturaleza contractual, en caso de que exista aceptación por parte del destinatario⁸⁴. Con todo, una invitación a comprar que no eluda los requisitos de información sustanciales establecidos en el art. 7.4º DPCD (la descripción de las mercaderías a entregar o los servicios a prestar, el precio determinado o determinable de los bienes o servicios, y las modalidades de ejecución y forma de pago), puede perfectamente contener todos los elementos de una oferta vinculante a los efectos del art. 17 RB I bis. Para ello, el contenido de la invitación a comprar ha de contener los

2020/1828 quedan excluidas del ámbito de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis, y sometidas, por tanto, al régimen general de aplicación del RB I bis.

⁸² *Vid.*, a este respecto, STJUE 14 mayo 2009, as. C-180/06 *Ilsinger* (ECLI:EU:C:2009:303), ap. 51.

⁸³ STJUE 11 julio 2002, as. C-96/00 *Gabriel* (ECLI:EU:C:2002:436), aps. 48-49.

⁸⁴ STJUE 14 mayo 2009, as. C-180/06 *Ilsinger* (ECLI:EU:C:2009:303), ap. 54. A este respecto, si comprobara que, en el caso concreto, se dirigió al consumidor una oferta contractual, el órgano jurisdiccional nacional deberá además verificar si el consumidor aceptó esa oferta. Para ello, habrá de tener presente que el consumidor debe haber aceptado la oferta de modo claro e inequívoco, *vid.* conclusiones de la A.G. Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 septiembre 2008, C-180/06: *Ilsinger* (ECLI:EU:C:2008:483), ap. 62.

elementos del futuro contrato⁸⁵, y evidenciar la voluntad definitiva e inequívoca de su emisor de quedar vinculado por el contrato, en caso de que un consumidor la acepte. En lo tocante a este segundo requisito, es importante reseñar, en línea con el art. II.-4: 303 del Marco Común de Referencia, la inclinación del TJUE en favor de la interpretación objetiva de la intención contractual del oferente⁸⁶. De modo que, para admitir que existe una oferta contractual a los efectos del art. 17 RB I bis, el juez nacional deberá valorar la intención contractual del comerciante a la luz del sentido que un consumidor medio habría dado a sus declaraciones en circunstancias similares⁸⁷. Esta propensión hacia la interpretación objetiva explica la relevancia que tiene, a los efectos del art. 17 RB I bis, la voluntad declarada del oferente, en lugar de la voluntad real, en el sentido de valorar si la oferta ha podido suscitar o no la legítima confianza en el destinatario que su aceptación bastará para concluir el contrato. No en vano, en el caso de los contratos con consumidores, salvo que el comerciante deje constancia expresa en el contenido de su sitio web de que la información acerca de productos precios constituye una invitación a hacer ofertas, se van a considerar como verdaderas ofertas al público las páginas webs de carácter comercial dirigidas a personas indeterminadas y que permite la perfección de los contratos en línea⁸⁸.

⁸⁵ Esto no significa que el contenido de una invitación a comprar tenga siempre que coincidir con el contenido de una oferta contractual (*vid.*, a este respecto, S. Zubero Quintanilla, *Las declaraciones publicitarias...*, *op. cit.*, pp. 357–365). Por ejemplo, cuando una invitación a comprar contiene un precio de partida, porque el precio final no pueda calcularse razonablemente de antemano debido a la naturaleza y las características del producto. En este caso, la mera indicación de un precio partida no se considera una omisión engañosa a los efectos de la DPCD, en cambio, es insuficiente para calificar la invitación a comprar como una oferta contractual desde el momento en que no se indique un precio determinado o determinable. De la misma manera que nada impide que una invitación a comprar pueda ser calificada como una práctica comercial desleal engañosa, por omitir alguno de los requisitos de información que considera sustancial el art. 7.4º DPCD, y que, en cambio, sea considerada una oferta contractual, en el sentido del art. 17 RB I bis, por el hecho de que no haya omitido información sustancial respecto de los elementos esenciales del contrato (características del producto, precio, y procedimientos de pago y de entrega del producto).

⁸⁶ *Vid.*, por todas, STJUE 20 enero 2005, as. C-27/02 *Engler* (ECLI:EU:C:2005:33), ap 54, en relación con una promesa de premio.

⁸⁷ *Vid.* en esta línea las conclusiones de la A.G. Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 septiembre 2008, C-180/06 *Ilseger* (ECLI:EU:C:2008:483), ap. 51.

⁸⁸ *Cf.* P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 1286. Por ello, atendiendo a la manera en que el oferente presenta las ofertas al público, tanto las propuestas hechas “sin obligación” o “sin compromiso”, como las sometidas “a aprobación” o “a confirmación”, que dependen de la voluntad exclusiva del oferente, quedan excluidas de la esfera de aplicación del art. 17 RB I bis. En contraste con las propuestas que limitan su alcance “hasta agotar existencias”, “salvo variación del precio”, que al llevar implícita la voluntad del oferente de quedar vinculado por el contrato, bastaría la aceptación del consumidor para que el contrato resulte perfeccionado, y, por tanto, incluido en la esfera de aplicación del régimen específico de protección de los arts. 17 a 19 RB I bis. *Vid.* también, A. Lara Aguado, “La oferta y la aceptación contractuales”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. (S. Sánchez Lorenzo, ed.), t. I, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 681–752, esp. pp. 701–705.

19. Con todo lo anterior, la celebración de un contrato mediante el concurso de la oferta contenida en una invitación a comprar y la aceptación por un consumidor, junto a las otras dos condiciones cumulativas contenidas en el art. 17 RB I bis, permitirá la inclusión del contrato perfeccionado en la esfera de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis, y, por tanto, poder invocar dichas disposiciones a todas las acciones indisociablemente vinculadas al contrato litigioso en cuestión, con independencia de la calificación contractual o extracontractual de la pretensión. En efecto, como ya ha quedado señalado, no solo las pretensiones interpuestas entre las partes del contrato que traigan causa de las controversias surgidas con ocasión de su existencia, validez o su cumplimiento, quedan sometidas a las reglas de competencia de los arts. 17 a 19 RB I bis, sino también las pretensiones de naturaleza no contractual surgidas entre las partes que estén vinculadas indisociablemente a ese contrato. De ahí que, desde la perspectiva del presente estudio, en cuanto al tipo de acción, los arts. 17 a 19 RB I bis se aplican, por un lado, a pretensiones de naturaleza contractual, como sería el caso, por ejemplo, de una acción judicial mediante la cual un consumidor exija la integración del contenido de la publicidad en el contrato, ya sea en virtud del principio de la buena fe⁸⁹, como principio general de los Derechos de contratos, o por incumplimiento de los requisitos objetivos de conformidad por parte del vendedor o proveedor⁹⁰. Lo mismo que una acción mediante la cual un consumidor solicita la integración de la información omitida en caso de incumplimiento por el comerciante de los deberes legales de información precontractual⁹¹. Por otro lado, los arts. 17 a 19 RB I bis se aplican también a las pretensiones de naturaleza extracontractual indisociablemente vinculadas al contrato litigioso en cuestión, como sería el caso, por ejemplo, de una acción judicial basada en alguna de las medidas correctoras ya vistas de la DPCD (indemnización de daños y perjuicios, resolución del contrato o rebaja del precio)⁹², o también el caso de una acción de indemnización basada en una *culpa in contrahendo* del profesional por el incumplimiento de los deberes legales de información precontractual frente al consumidor⁹³. Por el contrario, en la medida

⁸⁹ En línea con el art. 61.2º TRLGDCU. Vid. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 690–694; *Régimen jurídico de la publicidad...*, op. cit., p. 286.

⁹⁰ De acuerdo con la letra d) del párrafo primero del art. 115 ter TRLGDCU, en línea con lo establecido en el art. 8.1º.b) Directiva (UE) 2019/770, de 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136 de 22 mayo 2019), y en el art. 7.1.d) Directiva (UE) 2019/771, de 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 136, de 22 mayo 2019).

⁹¹ De acuerdo con el art. 65 TRLGDCU, en línea con lo establecido en el art. 6.5 Directiva (UE) 2011/83, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores (L 304, de 22 noviembre 2011).

⁹² La inclusión de tales acciones de naturaleza extracontractual en los arts. 17 y 19 RB I bis junto con el criterio de conexión del art. 6.1º RR II (mercado afectado) facilita el objetivo de una sincronía *forum-ius*.

⁹³ STJUE 2 abril 2020, as. C–500/18 *Reliantco Investments LTD* (ECLI: EU:C:2020:264). La correlación *forum-ius* se produce en los mismos términos que en las acciones basadas en las medidas

en que se ejercite una acción sin que dichas partes hayan celebrado un contrato, queda excluida de la esfera de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis la acción directa de un consumidor contra un fabricante⁹⁴, basada en la exigencia de las declaraciones públicas realizadas por éste en la publicidad⁹⁵.

2. La asunción de un compromiso unilateral voluntario

20. En línea con lo anterior, la exigencia de la celebración de un contrato como presupuesto de la aplicación de los foros de protección explica que queden excluidos de la esfera de aplicación de los arts. 17 a 19 RB I bis los litigios que pueden surgir por la revocación de una verdadera oferta al público que un comerciante haya dirigido a los consumidores de otro Estado miembro. La revocación impide que la oferta pueda ser aceptada y, por tanto, que pueda perfeccionarse el contrato. En cualquier caso, la imposibilidad de la celebración del contrato no es un obstáculo para que tales situaciones, que el TJUE califica de precontractual o cuasicontractual al tener lugar en la fase de formación del contrato⁹⁶, puedan quedar comprendidas en el foro contractual del art. 7.1º RB I bis. En efecto, la lectura literal de la letra i) del art. 1.1º RR I, en relación con el cdo. 30 RR II, no debe llevar al error de calificar como “no contractuales” todas las obligaciones con vínculo directo con los tratos previos a la celebración del contrato, sin analizar antes la naturaleza del acto jurídico en cuestión del que derivan⁹⁷. A este respecto, resulta muy conveniente recordar la interpretación flexible que realiza el TJUE del concepto de obligación contractual, en el sentido del art. 7.1º RB I bis, cuyo ámbito de aplicación es más amplio que el del art. 17 RB I bis, incluyendo no solo las nacidas de un acuerdo entre las partes, sino también las obligaciones jurídicas libremente consentidas por una persona respecto a otra. En efecto, la exigencia de un compromiso unilateral voluntario

correctivas de la DCPD, si bien, en el caso de las acciones basadas en una *culpa in contrahendo* del comerciante por la regla especial del art. 12.1º RR II sometiendo dichas acciones a la ley que rige el contrato (=art. 6 RR I, ley de la residencia habitual del consumidor).

⁹⁴ En línea con el art. 125 TRLGDCU.

⁹⁵ En la STJUE 17 junio 1992, as. C-26/91 *Handte* (ECLI:EU:C:1992:268, ap. 20), el TJUE ha declarado, a los efectos del RB I bis, que la acción directa del comprador contra el fabricante recibe una calificación extracontractual, en la medida en que no existe ningún vínculo contractual entre el comprador y el fabricante, y este último no ha asumido ninguna obligación de naturaleza contractual frente al primero.

⁹⁶ STJUE 14 mayo 2009, as. C-180/06 *Ilse* (ECLI:EU:C:2009:303), ap. 57. En nuestra doctrina, advirtiendo con mucha antelación que no todas las relaciones precontractuales deben calificarse de forma general como extracontractuales, y que en la Sentencia *Tacconi* el TJUE no pretendía calificar de forma general todos los supuestos de responsabilidad precontractual, *vid.* R. Arenas García, “Obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales”, *AEDIPr*, t. VI., 2006, pp. 403–425, esp. pp. 414–416.

⁹⁷ *Cf.* M. Minois, *Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations*, París, LGDJ, 2020, p. 278.

de una persona frente a otra, en lugar de un acuerdo de voluntades, como elemento clave de la definición de la noción de materia contractual, explica que queden comprendidas en ella, y, por tanto, calificadas como obligaciones contractuales, no solamente las obligaciones que nacen de un contrato⁹⁸, sino también las obligaciones que nacen de un acto jurídico unilateral voluntario⁹⁹. Este es el caso, en particular, de las ofertas hechas al público¹⁰⁰, como la contenida en una práctica comercial que haya sido calificada como invitación a comprar¹⁰¹, en el sentido de la DPCD. La calificación contractual de una verdadera oferta queda corroborada, además, en virtud del principio de coherencia, a través de criterios sustanciales autónomos, como el art. 10.1º RR I que somete las cuestiones relativas a la existencia del contrato a la *lex contractus*, o el art. 11.3º RR I que se refiere a la ley aplicable a los actos jurídicos unilaterales relativos a un contrato por celebrar, como, por ejemplo, la oferta¹⁰².

21. Ahora bien, la inclusión de una verdadera oferta en la noción de materia contractual del art. 7.1º RB I bis, no supone que todas las pretensiones relacionadas con dicha propuesta tengan que recibir también una calificación contractual. Para que una pretensión quede comprendida en el foro especial del art. 7.1º RB I bis es preciso que suscite, en cuanto al fondo, cuestiones de Derecho contractual. Es decir, la calificación quedará condicionada a la obligación que invoque el demandante como fundamento de la acción judicial nacional. Desde una perspectiva de Derecho comparado, conviene tener presente que los ordenamientos jurídicos de los EEMM difieren en diversos aspectos, como, por ejemplo, si la oferta es o no revocable antes de haberse aceptado, o si el oferente puede declarar irrevocable una oferta que sea revocable, o los efectos de una revocación inapropiada¹⁰³. De este modo, si la ley aplicable es la de un país, como Alemania, que establece que la oferta es vinculante y permanece como tal hasta que caduca, y pese a todo se revoca de forma inapropiada, de ello se deduce que cualquier pretensión de un consumidor dirigida a declarar ineficaz la revocación, o a exigir al oferente una indemnización de daños y perjuicios ante la imposibilidad de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta¹⁰⁴, se

⁹⁸ Vid., por todas, STJUE 8 mayo 2019, as. C-25/18 *Kerr* (ECLI:EU:C:2019:376), aps. 23 y 24.

⁹⁹ Vid., a este respecto, las conclusiones del A.G. H. Saugmandsgaard ØE, presentadas el 10 septiembre 2020, as. C-59/19 *Wikingerhof GmbH* (ECLI:EU:C:2020:688), ap. 37.

¹⁰⁰ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Granada Comares, 2017, p. 902.

¹⁰¹ STJUE 20 enero 2005, as. C-27/02 *Engler* (ECLI:EU:C:2005:33), aps. 45, 50 y 51.

¹⁰² Cf. M. Minois, *Recherche sur la qualification...*, op. cit., pp. 274-275.

¹⁰³ Cf. O. Lando y H. Beale, *Principios de Derecho contractual europeo*, Parte I, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 231. Para un estudio comparado en relación con la eficacia vinculante de las ofertas contractuales, vid. A. Lara Aguado, "La oferta y la aceptación...", en *Derecho contractual...*, op. cit., pp. 719-724; A.I. Ruiz Arranz, "La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad", *ADC*, t. XXI, 2018, pp. 1351-1486, esp. pp. 1357-1400; S. Zubero Quintanilla, *Las declaraciones publicitarias...*, op. cit., pp. 78-100.

¹⁰⁴ Cf. A.I. Ruiz Arranz, "La oferta de contrato...", loc. cit., p. 1399.

basaría en una obligación contractual, en el sentido del art. 7.1º RB I bis. A diferencia de lo que acontece cuando resulte aplicable la ley de un país, como España, en el que las ofertas no vinculan contractualmente a su emisor más que si sobre ella recae aceptación. En este caso, en la medida en que la revocación de la oferta impide la celebración del contrato¹⁰⁵, pero no su responsabilidad, quedan excluidas del art. 7.1º, pero comprendidas en la materia delictual del art. 7.2º RB I bis, como consecuencia de la infracción del principio de la buena fe *in contrahendo*, las pretensiones llamadas a reparar el daño sufrido por el consumidor como consecuencia de la frustración del contrato¹⁰⁶.

22. Así las cosas, en la medida en que solo quedan comprendidas en el art. 7.1º RB I bis las pretensiones que se fundamenten en una obligación contractual, resulta determinante que la invitación a comprar constituya una verdadera oferta y no una mera invitación a ofrecer o a negociar. La distinción entre ofertas e invitaciones a recibir ofertas es clave a los efectos de la aplicación del art. 7.1º RB I bis, habida cuenta de que las denominadas *invitatio ad offerendum* no contienen una intención contractual explícita o implícita de su emisor, careciendo, por lo tanto, de efectos vinculantes para el comerciante, quien queda libre para aceptar o no las propuestas que reciba a raíz de dicha invitación. Por tanto, cuando la ley aplicable al fondo sea la de un Estado miembro que reconoce un efecto vinculante a las ofertas contractuales, ante una acción de ineficacia de la revocación o de reclamación de daños y perjuicios por un consumidor la competencia del órgano jurisdiccional nacional comprenderá la de apreciar la existencia de los elementos constitutivos de una oferta contractual, en el sentido del art. 17 RB I bis, por ser dicha apreciación indispensable para permitir al órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda comprobar su competencia en virtud del art. 7.1º RB I bis¹⁰⁷. En caso afirmativo, en la medida en que la obligación litigiosa que sirve de base a la demanda no deriva de ninguno de los dos tipos contractuales de la letra b) del art. 7.1º RB I bis, la identificación de lugar de ejecución debe determinarse con arreglo a la ley declarada aplicable a la obligación exigible por las normas del conflicto del tribunal del Estado miembro ante el que se ha planteado la demanda (art. 7.1º.a RB I bis)¹⁰⁸. Por su parte, la ley aplicable al fondo de la pretensión se determinará con arreglo al RR

¹⁰⁵ Salvo que se establezca *ex lege* un plazo mínimo de vigencia de la oferta convirtiéndola en irrevocable durante ese periodo, como así dispone el art. 8 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que prevé la elaboración de una oferta contractual al consumidor que lo solicite, que tendrá valor de oferta contractual y vinculará a su emisor durante el plazo mínimo de catorce días (vid. S. Zubero Quintanilla, *Las declaraciones publicitarias...*, op. cit., pp. 167–169).

¹⁰⁶ De acuerdo con el art. 12.1º RR II, la ley aplicable al fondo de tales pretensiones sería la ley que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado, lo que conduciría a la aplicación del art. 6 RR I, y, por tanto, a la aplicación de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.

¹⁰⁷ Vid. por analogía, STJUE 4 marzo 1982, as. C-38/81 *Effer* (ECLI:EU:C:1982:79), ap. 7, en relación con una demanda por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un presunto contrato.

¹⁰⁸ Vid., a este respecto, las conclusiones del A.G.A. Tizzano, presentadas el 10 noviembre 2005, as. C-234/04 *Kapferer* (ECLI:EU:C:2005:674), aps. 66–67.

I, de donde resulta que la ley aplicable a un acto jurídico unilateral (oferta contractual) relativo a un contrato por celebrar se regirá por la ley aplicable al fondo de dicho contrato¹⁰⁹. Es decir, volviendo al supuesto de partida de una oferta contractual contenida en una invitación a compra, que hubiera dirigido un comerciante a los consumidores de otro Estado miembro, un consumidor podría solicitar la ineficacia de una revocación inapropiada de la misma con arreglo a la ley de su país de residencia habitual (art. 6.1º RR I).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL

El estudio de la figura de la invitación a comprar de la DPCD constituye un banco de prueba de las conexiones funcionales existentes entre el sector del Derecho de la competencia desleal y el sector del Derecho de contratos, cuyo eje central es la protección de los consumidores¹¹⁰. La incorporación de remedios contractuales a favor de los consumidores que contratan afectados por prácticas comerciales desleales es una buena prueba de esa interconexión. En el ámbito transfronterizo, la internacionalidad inherente a las invitaciones a comprar realizadas a través de Internet conduce a la aplicación de las reglas de DIPr europeo, y, por tanto, a delimitar el alcance y los efectos de estos remedios dentro del ámbito de aplicación de la *lex mercatus protectionis*. A nivel de CJI, a pesar de la calificación extracontractual que reciben en el RB I bis los remedios contractuales previstos en la DPCD, cuando exista una vinculación contractual entre las partes, la identificación de un consumidor pasivo resulta determinante,

¹⁰⁹ El RR I no señala la ley aplicable a cada obligación contractual por separado, sino la ley aplicable a cada contrato (cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 959. Esto no significa que la ley aplicable a una oferta contractual quede excluida de la esfera de aplicación del RR I (vid. M. Minois, *Recherche sur la qualification...*, op. cit., pp. 274–275). Por un lado, por analogía y de conformidad con el objetivo de coherencia, los conceptos de “materia contractual” (7.1º RB I bis) y de “obligaciones contractuales” (art. 1.1º RR I) han de recibir una interpretación unitaria a los efectos de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable [vid. STJUE 21 enero 2016, as. C–359/14 *Ergo Insurance* (ECLI:EU:C:2016:40), ap. 44] por lo que la noción de oferta contractual se integra en el concepto de obligación contractual, en el sentido del art. 1.1º RR I. Por otro lado, el ap. 3 del art. 11 RR I establece una norma especial relativa a la forma de un acto jurídico unilateral relativo a un contrato por celebrar (=oferta contractual). Estos actos no se mencionan en el art. 10 RR I (existencia y validez del contrato), si bien en congruencia con el Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales por M. Giuliano y P. Lagarde (DO C 327, de 11 diciembre 1992, p. 26), las normas de dicho artículo se les aplican por analogía a los actos jurídicos unilaterales. Por tanto, la ley aplicable al fondo de una oferta contractual será la del presunto contrato por celebrar (*lex hypothetici contractus*).

¹¹⁰ Vid. a este respecto, J.I. Font Galán, “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligaciones e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el RD Leg. 1/2007*, M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs.), Madrid, Iustel, 2011, pp. 1132–1186, esp. pp. 1152–1161; A. Casado Navarro, “Consideraciones críticas...”, loc. cit., pp. 1–4.

pues en caso afirmativo, tales acciones (indisociablemente vinculadas al contrato celebrado) quedan comprendidas en la esfera de aplicación del régimen especial de protección previsto en los arts. 17 a 19 RB I bis. Con lo cual, la esfera de aplicación del régimen general de los art. 4.1º y 7.2º RB I bis queda reservada a las acciones individuales y colectivas basadas en medidas de prevención, como a las acciones individuales ejercitadas por consumidores activos y las acciones de representación resarcitorias, basadas en medidas de reparación de la DPCD. Precisamente, el vínculo contractual entre el comerciante y el consumidor puede resultar de la calificación de una invitación a comprar como una oferta contractual, en el sentido del art. 17 RB I bis, quedando perfeccionado el contrato con la simple aceptación del consumidor. Con todo, de no llegarse a perfeccionar el contrato, la calificación de una invitación a comprar como una oferta contractual, en el sentido del art. 17 RB I bis, deja abierta la puerta a calificar como contractuales (art. 7.1º RB I bis) los litigios derivados de situaciones precontractuales relacionados con el incumplimiento de la obligación unilateral libremente asumida por el oferente.

BIBLIOGRAFÍA

- Andreeva Andreeva, V.: “Volkswagengate: competencia judicial internacional en caso de daños extracontractuales causados por productos defectuosos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio 2020, Asunto C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG*)”, *La Ley: UE*, n.º 86, 2020 (smarteca),
- Arenas García, R.: “Obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales”, *AEDIPr*, t. VI., 2006, pp. 403-425.
- Casado Navarro, A.: “Consideraciones críticas sobre la opción del RD-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a las prácticas desleales con consumidores”, *La Ley: Mercantil*, n.º 88, 2022 (smarteca).
- : “Consecuencia negocial de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos de la normativa de la Unión Europea”, *CDT*, n.º 1, 2022, pp. 116-149
- Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J.: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento de Roma II*, Granada, Comares, 2008.
- : *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Granada Comares, 2017.
- : “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 Prof. Dr. Roca Guillamón* (J. Ataz López y J.A. Cobacho Gomez, coords.), t. I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 987-1022.
- : “Capítulo XI. Foros especiales por razón de la materia”, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento de Bruselas I bis*, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 285-461.
- : *Compendio de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2022.

- Carrizo Aguado, D.: “Las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal”, en *Derecho internacional privado europeo (diálogos con la práctica)*, P. Domínguez Lozano (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 269–282.
- De Elzalde Ibarbia, F.: “La Directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del Derecho privado de la Unión Europea?”, *Revista de Derecho civil*, n.º 4, 2021, pp. 47–89.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 223–235.
- : “Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, en *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., (J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio), Madrid, Iustel, 2020, pp. 83–199.
- : *Derecho privado de Internet*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2022.
- Espinar Vicente, J.M., y Paredes Pérez, J.I.: *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado española y de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019.
- Espinosa Calabuig, R.: *La publicidad transfronteriza*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- Esteban de la Rosa, F.: “Aplicación del Derecho antitrust y técnicas de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 80, 1996, pp. 815–848.
- Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022.
- Font Galán, J.I.: “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligaciones e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el RD Leg. 1/2007*, M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs.), Madrid, Iustel, 2011, pp. 1132–1186.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021.
- González Campos, J.D.: “Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9–426.
- Jiménez Blanco, P.: “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 119–146.
- Lando, O., y Beale, H.: *Principios de Derecho contractual europeo*, Parte I, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- Lara Aguado, A.: “La oferta y la aceptación contractuales”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, ed.), t. I, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 681–752.
- López-Tarruella Martínez, A.: “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *REDI*, n.º 2, 2017, pp. 223–256.
- Massaguer, J.: *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- Minois, M.: *Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations*, París, LGDJ, 2020.
- Peñas Moyano, B.: “Sobre el concepto de invitación a comprar de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales: breves apuntes a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la

- Unión Europea en el asunto C-122/10”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 10, 2012, pp. 207–220.
- Rodríguez Mateos, P.: “Competencia desleal”, en *Derecho del comercio internacional*, J.C. Fernández Rozas (dir.), Madrid, Eurolex, 1997, pp. 169–189.
- Ruiz Arranz, A.I.: “La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad”, *ADC*, t. XXI, 2018, pp. 1351–1486.
- Ruiz Muñoz, M.: “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 79, 2008, pp. 89–114.
- Sabido Rodríguez, M.: “La tutela colectiva de los consumidores en Derecho internacional privado español: ordenación de algunos aspectos procesales”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 111–145.
- Salgado André, E.: “El concepto de invitación a comprar y los requisitos de información en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 38, 2011–2012, pp. 647–660.
- Zubero Quintanilla, S.: “Naturaleza jurídica de la invitación a comprar”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 33, 2014, pp. 287–334.
- Zubero Quintanilla, S., *Las declaraciones publicitarias en la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Virgós Soriano, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993.

Recibido: 24 junio 2022
Aceptado: 25 julio 2022

Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. Divorcio notarial. Cuestiones de Derecho Internacional privado y Reglamentos europeos. II. La disolución del vínculo matrimonial. 1. Determinación de la competencia judicial internacional. 2. Ley aplicable a la separación y divorcio. 3. Emisión del certificado para el reconocimiento de la decisión. III. Convenio regulador y cuestiones vinculadas al divorcio. 1. Disolución del régimen económico matrimonial: A) Competencia judicial internacional; B) Determinación de la Ley aplicable. 2. Pensión Compensatoria: A) Competencia judicial internacional; B) Ley Aplicable. IV. A modo de conclusión.

RESUMEN: El presente trabajo aborda las respuestas de Derecho Internacional privado que surgen en la tramitación del divorcio transfronterizo solicitado ante las autoridades notariales españolas. Su objeto es el análisis de las particularidades y cuestiones jurídicas que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales que afectan a las materias comprendidas en la escritura pública notarial, cuya aprobación es necesaria para la formalización de la disolución del vínculo matrimonial.

PALABRAS CLAVE: DIVORCIO TRANSFRONTERIZO – AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA – APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS – CUESTIONES Y PARTICULARIDADES– DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL – RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL – PENSIÓN COMPENSATORIA.

Spanish Notarial Authority and Cross-border divorce. Specificities and questions raised by the application of European regulations.

Abstract: The aim of this paper is to address the answers of Private International Law to cross-border divorces procedures sought from the Spanish notarial authorities. The specificities and legal questions raised by the application of European regulations concerning international family relationships affecting matters requiring notarial deeds, the approval of which is necessary for formalising the dissolution of marriage, are going to be analysed.

KEYWORDS: CROSS-BORDER DIVORCE – SPANISH NOTARIAL AUTHORITY – APPLICATION OF EUROPEAN REGULATIONS – QUESTIONS AND SPECIFICITIES – DISSOLUTION OF THE MARRIAGE BOND – MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES – ALIMONY BETWEEN SPOUSES.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia. El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

AEDIPr, t. XXII, 2022, pp. 269-299
ISSN 1578-3138
DOI: 10.19194/aedipr.2208

I. DIVORCIO NOTARIAL. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y REGLAMENTOS EUROPEOS

El reconocimiento de la autonomía de las partes en los asuntos familiares ha llevado a diversos Estados miembros (a partir de ahora EEMM) a admitir los divorcios extrajudiciales, en particular mediante escritura notarial¹, si bien la diversidad es la nota que caracteriza a estas reglamentaciones estatales. El presente análisis se centra en la legislación española, en la que el divorcio notarial se introdujo mediante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJ²), quedando plasmada su reglamentación en los arts. 82 a 90 Cc, así como en el art. 54 LN³. De acuerdo con estos preceptos, la tramitación por nuestras autoridades notariales de la escritura pública de divorcio está supeditada a los siguientes presupuestos: (a) que hubieran transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio; (b) que no existan hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hubieran establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores; (c) que exista acuerdo entre los cónyuges plasmado en una propuesta de Convenio Regulador; (d) que acudan al notario para intervenir en el otorgamiento de la escritura pública prestando su consentimiento y asistidos por Letrado; (e) que existiendo hijos mayores de edad o menores emancipados presten su consentimiento respecto a las medidas que les afecten.

En este contexto, el presente trabajo aborda el caso en el que la disolución del vínculo matrimonial que se solicita ante la autoridad notarial española tenga carácter transnacional, sea por los elementos personales (ambos cónyuges ostentan nacionalidad extranjera, o bien sólo uno de ellos, siendo el otro nacional español (nacionalidad mixta), o territoriales (ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española, pero tuvieran su residencia fuera de España). En esta situación surgen de inmediato las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado (a partir de ahora DIPr). La autoridad notarial ha de realizar un control

¹ Como indica M. Shúilleabháin, “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 22, 2020/2021, pp. 117–137, esp. pp. 120–121, los años que han precedido a la adopción del RB II ter ha habido un cambio hacia la “desjudicialización” del divorcio, en particular en los Estados miembros que han abierto la posibilidad de divorciarse por escritura notarial.

² BOE 3.7.2015.

³ La LJ² modifica la redacción de estos preceptos del CC que, además, en virtud de lo dispuesto en su Disposición final undécima modifica la Ley de 28 mayo 1862 del Notariado (*Gaceta de Madrid* n° 149, de 29 mayo 1862) en la que introduce un nuevo Título VII, en el que se integra el art. 54 que ahora interesa. Este precepto, así como el art. 82 y 90 Cc han sido posteriormente modificados por 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 (BOE 3.6.2021). Además, el art. 90 también ha sido modificado por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE 16.12.2021).

de oficio de su competencia judicial internacional (en adelante CJI) y, de tenerla, ha de resolver sobre la determinación Ley aplicable sobre la que se asienta su decisión, cuyo reconocimiento en otro Estado podría ser solicitado por la parte interesada. De la respuesta se ocupan los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales que por ello son, en principio, los llamados a operar. Su aplicabilidad se aborda a lo largo del presente estudio, cuyo objetivo, al que responde su título, se centra en el análisis de las particularidades y cuestiones que presenta la aplicación de estos Reglamentos por las autoridades notariales españolas. La constatación de las primeras y el planteamiento de las segundas vienen motivados, por una parte, por los presupuestos a los que nuestra legislación supedita el divorcio notarial y, por otra, esencialmente, porque estos textos están diseñados para su aplicación por autoridades judiciales. Las respuestas de sus normas se articulan para su aplicación por los tribunales de los Estados miembros, siendo, en muchos casos, insuficientes cuando se aplican por una autoridad extrajudicial.

De acuerdo con la finalidad a la que obedece este estudio se articula su sistemática. El trabajo discurre de acuerdo con el ámbito material de cada uno de los textos europeos que interesan en el caso del divorcio notarial y el orden en el que surgen las cuestiones de DIPr. De este modo, se aborda en primer lugar la operatividad de los dos Reglamentos europeos referidos, respectivamente, a la CJI y a la Ley aplicable en relación a la disolución del vínculo matrimonial, al que alcanza el ámbito material de estos textos (apartado II). Este limitado ámbito motiva la necesidad de abordar después la operatividad de los textos europeos que responden a estas mismas cuestiones en relación a las materias vinculadas con el divorcio que se integran en el Convenio Regulador (a partir de ahora, CR) cuya propuesta han de presentar los cónyuges para su aprobación (apartado III). De las conclusiones que se van aportando en cada uno de estos bloques, se obtiene la que finalmente se recoge a modo de cierre del análisis (apartado IV).

Esta sistemática, esencial para el riguroso análisis del objeto al que responde el trabajo, unida a las respuestas que se aportan a las cuestiones que suscita la aplicación de los textos europeos, son aspectos que motivan la transcendencia de este estudio⁴. Una relevancia incrementada por la clarificación del concepto de “órgano jurisdiccional” que incorpora el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 que de inmediato es objeto de análisis.

⁴ Son escasos los estudios doctrinales que abordan el divorcio ante las autoridades notariales españolas como se puede comprobar en la bibliografía del presente trabajo. Además, respecto a ellos, la relevancia de este análisis se constata si se atiende a las divergencias que se exponen a lo largo de su desarrollo, tanto por lo que afecta a las particularidades detectadas, como en atención a las soluciones propuestas a las cuestiones que suscita la aplicación de los Reglamentos europeos.

II. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

1. *Determinación de la competencia judicial internacional*

La determinación de la CJI de la autoridad notarial española es la primera cuestión de DIPr que plantea la situación de divorcio de carácter transnacional. Su respuesta exige abordar la operatividad del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 junio 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 menores⁵, denominado “Reglamento Bruselas II ter” (a partir de ahora RB II ter). La fecha de inicio de su aplicabilidad, el 1 agosto 2022 (art. 105), marca el momento de la derogación de su predecesor, el denominado Reglamento Bruselas II bis (a partir de ahora RB II bis)⁶.

La autoridad notarial española tiene que aplicar el RB II ter, en cuanto está comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” que, a los efectos de su aplicación, recoge en su art. 2.2º, donde indica que comprende a cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación. Se trata de una amplia definición respecto de la que, el Cdo. 14 ha introducido una importante clarificación al señalar que el término “órgano jurisdiccional” ha de entenderse en el sentido amplio que le atribuye la jurisprudencia del TJUE “a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental”⁷. La competencia para la separación y divorcio que la legislación española atribuye a las autoridades notariales, así como el alcance de la función que desarrollan que,

⁵ DO L 178/1 de 2.6.2019.

⁶ Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento nº 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003).

⁷ Particular relevancia tiene esta aclaración por cuanto la aplicabilidad de los Reglamentos relativos a las crisis matrimoniales por las autoridades notariales llegó a plantearse como consecuencia de dos pronunciamientos del TJUE: El Auto 12 mayo 2016, C-281/15, *Sahyouni* (ECLI:EU:C:2016:343) y Sentencia de 20 diciembre 2017, C-372/16, (*Sahyouni II*) (ECLI:EU:C:2017:988). Si bien ambos fueron realizados en el contexto del RR-III, motivaron que se planteara la aplicabilidad de este Reglamento y, por extensión del RB II bis, a los divorcios notariales. Las razones son expuestas por C. González Beilffus, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en E. Pérez Vera, J.C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez y M. Guzmán Peces (eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347-363 (pp. 350-352); *id.*, “Highlights on the Brussels II ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) nº 2019/1111?”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 22, 2020/2021, pp. 95-116. En este último análisis indica (p. 99) que lo relevante de esta doctrina, es que la llamada al legislador que realizaba el TJUE en la Sentencia Sahyouni II fue retomada en las negociaciones del RB II ter.

a través del control de legalidad durante la tramitación del expediente para la formalización de la escritura pública, muestra el carácter decisorio de su intervención, son aspectos determinantes de su consideración como “órgano jurisdiccional” a los efectos de la aplicación del RB II ter. En todo caso, también en el contexto del RB II bis se pronunciaba en el mismo sentido la DGRN (en la actualidad Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en su Resolución–Consulta de 7 junio 2016 (a partir de ahora Res.–Cons. DGRN 2016)⁸.

La autoridad notarial española queda vinculada por el RBr. II ter que, por lo tanto, ha de aplicar para la determinación de su CJI. Ahora bien, el ámbito material de este texto en lo que respecta a la materia matrimonial viene referido únicamente a la disolución del vínculo “sin ocuparse de cuestiones tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias” (Cdo. 9).

Sobre la base de todo lo anterior se pueden abordar las particularidades que presenta la aplicación de los foros de competencia del RB II ter en el contexto del divorcio notarial, comenzando por los recogidos de forma alternativa en su art. 3. Este precepto recoge una amplia gama de foros que se articulan sobre el criterio de la residencia habitual (los comprendidos en el ap. a), al que se añade el referido a la nacionalidad común (ap. b).

El primero de estos criterios exige su aplicación de acuerdo con la interpretación realizada por el TJUE en su relevante Sentencia de 25 noviembre 2021⁹. El concepto de residencia habitual que aporta, debido a la

⁸ La aplicación del RBr II bis por las autoridades notariales era el aspecto esencial de la consulta elevada por el Colegio Notarial del País Vasco a la que responde la DGRN en esta Resolución (puede consultarse en el blog del notario M. Prieto Escudero ([<[https:// justitonotario.es/wp-content/uploads/Res.-07-06-2016.pdf](https://justitonotario.es/wp-content/uploads/Res.-07-06-2016.pdf)>]). En ella señala que “el notario es “órgano jurisdiccional” en atención a la actividad que realiza de acuerdo con la legislación nacional. En el marco del divorcio, aún de mutuo acuerdo, el notario no desempeña una pura función documentadora de actos y contratos, sino que actúa como autoridad, debiendo denegar la aprobación del convenio regulador cuando sea gravemente perjudicial para una de las partes”. Ahora bien, este resultado, consecuencia de la función notarial en el contexto de la legislación española, puede ser distinto desde la perspectiva de los ordenamientos de los Estados miembros que también reconocen el divorcio ante autoridad notarial. Un análisis de Derecho comparado en N. Marchal Escalona, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 460–492, esp. pp. 462 ss.

⁹ STJUE 25 noviembre 2021, C–289/20, *IB* (ECLI:EU:C:2021:955). Realmente la cuestión prejudicial que la motiva era la solicitud al TJUE para que se pronunciara sobre la posibilidad de admitir en el contexto del art. 3.1 a) del RBr. II bis, una doble, o múltiple, “residencia habitual” de uno de los cónyuges (o de ambos). Puesto que dicha cuestión tiene su causa en la ausencia del concepto de residencia habitual en el propio texto europeo, la respuesta exigía su delimitación y precisión previa. Relevantes son las conclusiones del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona (ECLI:EU:C:2021:561). A esta Sentencia, especialmente relevante, se añade la de 1 agosto 2022, C-501/20, *MPA* (ECLI:EU:C:2022:619), en la que el TJUE ha establecido que, a efectos de la determinación de la residencia habitual, “no puede constituir un elemento determinante la condición de agentes contractuales de la Unión Europea de los cónyuges de que se trate, destinados en una de las

ausencia de una definición en el propio Reglamento, se basa, de acuerdo con su propia jurisprudencia, en una combinación de los elementos subjetivos y objetivos al exigir, “por una parte, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, por otra, una presencia que revista un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate” (nº 57)¹⁰.

Entre los seis foros articulados sobre el criterio de la residencia habitual, es preciso destacar la especial relevancia que presenta en el ámbito del divorcio notarial el referido a la “demanda conjunta” (art. 3.a) iv), en cuyo caso permite a los cónyuges que atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de ellos. El común acuerdo entre los cónyuges que exige la legislación española como requisito para la solicitud del divorcio notarial (art. 82 y 87 Cc) implica que, en este contexto, siempre se va a constatar la circunstancia a la que este foro supedita su operatividad. Por lo tanto, la atribución de la competencia a las autoridades notariales españolas sobre la base de este foro únicamente queda supeditada a la residencia habitual en España de (sólo) uno de los cónyuges. El resultado es esencial, al ser la causa de la pérdida de relevancia de los demás foros del art. 3.a) basados en la residencia habitual, por cuanto vienen articulados sobre la exigencia de un mayor número de requisitos, o de menor flexibilidad. Este resultado se puede constatar en relación, tanto a los foros que, en principio, podrían operar en el ámbito del divorcio notarial, como a los que son inoperativos en este contexto.

En lo que respecta a los primeros cabe destacar que el foro de la “demanda conjunta” opera con independencia del país donde el otro cónyuge tenga su residencia habitual (ya la tenga en España o no), frente al relativo a la residencia habitual común (art. 3.a) i), que sólo atribuiría CJI a las autoridades notariales españolas de tener ambos su residencia en España. Del mismo modo queda afectado el foro referido al “último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos resida allí” (art. 3.a) ii) por sus más exigentes presupuestos que el relativo a la “demanda conjunta” que opera con

delegaciones de esta ante un tercer Estado y respecto de los que se aduce que gozan de estatus diplomático en ese tercer Estado”.

¹⁰ Un amplio análisis de esta Sentencia es realizado por L.A. Pérez Martín, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios estados, solo hay una residencia habitual”, *CDT*, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 422–443; J. Maseda Rodríguez, “Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 25 noviembre 2021 (asunto C–289/20:IB)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 101, 2022, pp. 1–28; I. Antón Juárez, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE 25 noviembre 2021, C–289/10, IB c. FA”, *CDT*, vol. 14, nº, 2022, pp. 578–590.

independencia de que la residencia habitual en España de uno de los cónyuges coincida con el lugar de la última residencia habitual común.

Además, es también relevante, e incluso de mayor transcendencia, considerar que el resultado de la operatividad del foro de la “demanda conjunta” implica la pérdida de transcendencia de la inoperatividad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en el que actúa el divorcio notarial, de los demás foros también comprendidos en el art. 3 a), esto es, el de la residencia habitual del demandado (art. 3 a) iii) y los referidos al *forum actoris* (art. 3 a) v) y vi). La referencia de la residencia habitual a una concreta parte (la demandada) en el primero, y la exigencia de un plazo de residencia previo a la solicitud de divorcio en los segundos, son exponentes de sus más rigurosos requisitos frente al foro de la demanda conjunta, que atribuye la CJI a las autoridades notariales españolas cuando *cualquiera* de los cónyuges tenga su residencia habitual en España sin precisar plazo alguno. La consecuencia es que aquellos foros no aportarían (de poder operar) más posibilidades que este último para la atribución de la competencia. Su inoperatividad no implica la reducción de las posibilidades de atribución de CJI a la autoridad notarial. Todo ello lleva a una relevante conclusión y es que la reducción de la operatividad de los foros de competencia del art. 3 a) en el ámbito del divorcio notarial, no significa paralelamente la disminución de las posibilidades para la atribución de competencia a la autoridad notarial española frente a los supuestos de divorcio contencioso solicitados ante una autoridad judicial.

De acuerdo con el criterio de la nacionalidad (art. 3 b) RB II ter), la CJI queda atribuida a nuestras autoridades notariales cuando ambos cónyuges sean españoles con independencia del país donde tuvieran su residencia habitual (ya sea en un Estado miembro o en un tercer Estado). En el caso en el que, además de la española, también ambos cónyuges tuvieran la nacionalidad de otro Estado miembro, la solución que aporta el TJUE en su Sentencia de 16 julio 2009, es la de permitir su elección entre los órganos jurisdiccionales de estos Estados miembros cuya nacionalidad ostentan¹¹. Ahora bien, en el contexto del divorcio notarial, esta posibilidad de elección depende de que la legislación de estos Estados admita la solicitud de divorcio ante una autoridad notarial y que la función que le sea atribuida permita que quede comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” del RB II ter).

Una cuestión relevante plantea la aplicación del foro de la nacionalidad común en el divorcio notarial cuando la atribución de la CJI de nuestras autoridades notariales se base en la nacionalidad común española de los cónyuges que en

¹¹ STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* (ECLI:EU:C:2009:474). En ella señala que las dos nacionalidades comunes de distintos Estados miembros deben estimarse plenamente operativas. El resultado es el indirecto reconocimiento de una opción más a los cónyuges que se encuentren en esta situación, al permitir que elijan entre los órganos jurisdiccionales de cualquiera de estos Estados sin que, a estos efectos, incida cuál es la nacionalidad efectiva.

ningún momento hubieran residido en territorio español. En este caso se plantea el problema de la ausencia de correlación entre las normas de CJI y las de competencia interna. Si la primera queda atribuida por la nacionalidad española común, el art. 54 LN establece que los cónyuges han de “prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes” (ap..1 *in fine*). Ante esta situación la búsqueda de una solución ha de pasar por permitir que, en este caso concreto, la determinación de la competencia territorial se realice mediante la elección de los cónyuges¹².

El análisis de las particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los foros del RB II ter por las autoridades notariales exige también una específica consideración de la “competencia residual” que este texto introduce en su art. 6, al permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros basar su competencia en los foros recogidos en sus respectivas legislaciones nacionales, si se aprecia la doble circunstancia que exige¹³. La primera, que ninguno de los foros del art. 3 atribuya competencia a los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro, lo que implica que los foros internos que sean iguales a los del art. 3 RB II ter quedan desplazados dada la aplicación prioritaria del Reglamento. La segunda, que el demandado no tenga su residencia habitual, ni ostente la nacionalidad en/de algún Estado miembro. Este segundo requisito, en cuanto referido al demandado, no puede operar en el divorcio notarial donde no existen partes enfrentadas¹⁴. Por este mismo motivo, y por razones de coherencia, es

¹² Se trata de una respuesta para este caso concreto puesto que, como indica C. González Beilfuss, “El divorcio notarial...”, *loc. cit.*, pp. 353–354), la sumisión no cabe para delimitar la competencia territorial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (art. 2.2. LJV). En el mismo sentido se pronuncia P.A De Miguel Asensio, “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado” *AEDIPr*, vol. XVI, 2016, pp. 147–197 (pp. 166–167); J. Carrascosa González, “Divorcio internacional y actividad notarial”, *Familia y sucesiones: Cuaderno jurídico*, nº 124, 2018, pp. 15–28; N. Marchal Escalona, “El tratamiento de la plurinacionalidad en el divorcio no judicial”, en M. Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 450–512.

¹³ El art. 6 RB II ter es el resultado de la refundición de los arts. 6 y 7 del RBr II bis sobre la base de lo establecido por el TJUE en su Sentencia de 29 noviembre 2007, C– 68/07, Sundelind (ECLI: EU:C:2007:740). Esta refundición, si bien relevante a efectos de la clarificación, no implica reforma alguna de estos preceptos. *Vid.* M.A. Sánchez Jiménez, “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el art. 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Bitácora Millenium DIPr.*, nº 12, 2020, pp.17–34. El TJUE en su reciente Sentencia de 1 agosto 2022, C-501/20, MPA (ECLI:EU:C:2022:619), aporta una interpretación de los arts. 6 y 7 del RB II bis sobre la base de su conjunta articulación que presenta especial relevancia, si bien, por no afectar directamente al objeto ahora perseguido y porque su envergadura le hace merecedora de un específico estudio, su análisis en este momento desbordaría los límites del presente trabajo.

¹⁴ En realidad, este requisito no tiene sentido en el caso del divorcio solicitado de mutuo acuerdo si se considera el objetivo al que atiende que, como indica Rodríguez Benot, se identifica con la protección del demandado cuando sea nacional o tenga su residencia habitual de/en un Estado miembro, frente al beneficio procesal que para el demandante implica la competencia residual. En el ámbito del divorcio

preciso descartar la operatividad, a través del art. 6 RB II ter, del foro de la sumisión recogido en el art. 22 bis LOPJ¹⁵. Siendo éste, junto al foro de necesidad (art. 22 octies 3, párrafo 2 LOPJ), los únicos diferentes a los del RB II ter, el resultado es que sólo este último es el que puede operar en el caso del divorcio ante autoridad notarial española¹⁶. Ahora bien, la consideración del primero de los requisitos del art. 6 motiva que esta operatividad esté supeditada a la constatación de dos circunstancias. La primera, que los cónyuges no tengan la nacionalidad común de algún Estado miembro¹⁷. Ha de tratarse del caso de nacionalidad mixta que, en el caso que ahora interesa, se constata cuando uno de ellos ostente la nacionalidad española, siendo el otro nacional de otro Estado (sea o no Estado miembro). La segunda, que ninguno de los cónyuges tenga su residencia habitual en algún Estado miembro¹⁸.

Para finalizar el análisis de las particularidades de la delimitación de la CJI por las autoridades notariales españolas cabe destacar que la posibilidad de que se planteara otro proceso paralelo en otro Estado miembro es escasa si se considera

contencioso, donde opera este presupuesto, el fundamento de la competencia residual muestra que se trata de una regla orientada al *favor actoris*. A. Rodríguez Benot, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 8–50, esp. p. 35.

¹⁵ No parece sencillo en los expedientes de jurisdicción voluntaria compatibilizar lo previsto en el art. 2.2º LJV con la posible sumisión de las partes. Del mismo modo, difícilmente se puede considerar la posibilidad de sumisión en el caso de solicitud de divorcio de común acuerdo presentada ante la autoridad notarial si se atiende al tenor literal del art. 22 bis LOPJ, dada la inexistencia de partes que puedan someterse expresa (acuerdo), o tácitamente. No obstante, otra opinión mantiene L.F. Carrillo Pozo, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: Auto de la AP de Alicante (sección 4) nº 331/2020 de 22 de diciembre”, *CDT*, vol. 14, nº 1, pp. 673–683, esp. pp. 678 ss. En todo caso, no es el planteamiento genérico de la posible operatividad del foro de la sumisión en el ámbito de la jurisdicción voluntaria lo que ahora interesa, sino la posibilidad, más concreta, de que en el contexto de la competencia residual a la que se refiere el art. 6 RB II ter pueda operar el foro de la sumisión (art. 22 LOPJ) en caso de divorcio de mutuo acuerdo. La respuesta, que ha de venir articulada de acuerdo con las dos circunstancias a las que aquel precepto supedita la operatividad de los foros internos, pasa por constatar que la segunda de ellas (que el demandado no tenga su residencia ni sea nacional en/de un Estado miembro), está supeditada a la existencia de partes enfrentadas. Si, precisamente, la inexistencia de estas partes en el divorcio de mutuo acuerdo motiva que este requisito no pueda ser exigido en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, también impide, en coherencia, que pudiera operar el foro de la sumisión en el contexto de este precepto.

¹⁶ De acuerdo con la remisión general del art. 9 de la LJV, las autoridades notariales españolas pueden declararse competentes en virtud de los foros de la LOPJ. La atribución de competencia para realizar actos de jurisdicción voluntaria motiva que queden incluidas en esta norma, aun viniendo referida a los órganos jurisdiccionales. Sobre la aplicabilidad del foro de necesidad de la LOPJ en el ámbito de la jurisdicción voluntaria *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Ley de la Jurisdicción Voluntaria...”, *loc. cit.*, p. 158.

¹⁷ De tenerla, el foro de la nacionalidad común (art. 3 b) atribuiría la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que ambos la ostenten.

¹⁸ De tener alguno de los cónyuges su residencia en algún Estado miembro, el foro que podría operar en el caso del divorcio ante la autoridad notarial española (que ha de ser de mutuo acuerdo), es el del art. 3 a) iv, que permite a los cónyuges que atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

el presupuesto del mutuo acuerdo que exige la legislación española para el divorcio notarial¹⁹. Aún es más difícil que se plantee esta situación de litispendencia si la autoridad notarial española hubiera sido la primera ante la que se planteara la solicitud de divorcio como consecuencia de los efectos inmediatos de la escritura pública en la que se éste se aprueba²⁰. En previsión del caso contrario, en el que la solicitud de divorcio se hubiera planteado con anterioridad ante las autoridades de otro Estado miembro²¹, señala la Res.–Cons. DGRN 2016 que “en la escritura, a falta de otros medios de comprobación, los cónyuges deberán hacer constar que no se está en la situación de litispendencia”.

2. Ley aplicable a la separación y divorcio

La autoridad notarial española competente en virtud del RB II ter, ha de tramitar la escritura pública que se compone de una declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse y de la incorporación del CR. Su aprobación exige, además de la comprobación de la capacidad de los cónyuges de acuerdo con su respectiva Ley nacional (art. 9.1º Cc), que determine la Ley aplicable a la separación o divorcio, siendo a estos efectos necesario plantear la operatividad del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²², denominado “Reglamento Roma III” (en adelante RR III). Nuestras autoridades notariales están vinculadas por este texto al quedar comprendidas en el concepto de “órgano jurisdiccional” que recoge a los efectos de su aplicación en su art. 3.2º. La definición que este precepto aporta, como cualquier autoridad de los Estados miembros participantes, sea judicial o no, que tenga competencia para la disolución del vínculo matrimonial, está directamente incidida por la que resulta del RBr. II ter. La conclusión es que la autoridad notarial española, como “órgano jurisdiccional” en el contexto del RB II ter, lo es también a los efectos de la aplicación del RR II²³.

Ahora bien, la aplicación del RR III exige considerar que su ámbito material viene limitado a los aspectos sustantivos referidos a la disolución o relajación del

¹⁹ Si la situación de litispendencia se constatará respecto a un tercer Estado sería aplicable el art. art. 39 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE 31.7.2015).

²⁰ En este sentido *vid.* J. Maseda Rodríguez, “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria”, *REEI*, nº 38, 2019, pp. 1–80.

²¹ En este caso señala J. Maseda (“Procesos...”, *loc. cit.*, p.80) que podría entenderse esta actuación de las partes como un desistimiento tácito del primero de los procedimientos, a juzgar por su Derecho procesal interno, dejándolo, asimismo, carente de objeto en la ausencia de un matrimonio que disolver.

²² DO L 343/10 de 29 diciembre 2010.

²³ La Res.–Cons. DGRN 2016 establece que “(h)abida cuenta de que los Notarios en España pueden autorizar escrituras públicas de separación y divorcio, el Reglamento Roma III es de aplicación imperativa”.

vínculo matrimonial²⁴. Junto a ellos, también presentan esencial relevancia los presupuestos exigidos por nuestra legislación interna para el otorgamiento de la escritura pública, como aspectos procesales que se rigen por la Ley española (como *lex fori*, art. 3 LEC). A la delimitación entre ambos se refiere la Res.– Cons. DGRN 2016, en la que se puede apreciar una triple clasificación. Por una parte, considera que son requisitos procesales el relativo a la intervención obligatoria de letrado, así como la aprobación del CR. Por otra, señala que el plazo mínimo de tres meses de matrimonio previo a la solicitud de divorcio es un aspecto sustantivo y por tanto su exigibilidad queda a lo establecido por la Ley aplicable delimitada de acuerdo con el RR III. Finalmente, considera que se trata de materia de orden público la limitación a matrimonios sin hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Realmente esta limitación, más que de orden público, es una restricción competencial y, como requisito delimitador de la competencia funcional del notario español se rige por la Ley española²⁵.

Entrando en la Ley aplicable de acuerdo con el RR III, una primera particularidad en el contexto del divorcio ante autoridad notarial española, permite llegar a concluir sobre el interés que presenta para los cónyuges la elección de la Ley aplicable de acuerdo con lo previsto en su art. 5. El presupuesto del común acuerdo que exige nuestra legislación para la solicitud del divorcio notarial puede llevar a entender que esta elección va a ser lo frecuente y, más aún lo conveniente, si se pretende que sea aplicable la Ley española (art. 5 d)²⁶) por la coincidencia *forum–ius* que conlleva. Sin embargo es preciso matizar esta consideración teniendo en cuenta cuál es el resultado de la Ley aplicable en

²⁴ Se trata de un ámbito material limitado como se constata si se atiende a los aspectos excluidos a los que se refiere el art. 1.2º RR II (“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 sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”). Como clarifica el Cdo. 10, este ámbito debe ser coherente con el del RB II bis, no obstante, el RR II no se aplica a la nulidad del matrimonio.

²⁵ Como señala C. González Beilfuss (“El divorcio notarial...”, *loc. cit.*, p. 358) es difícil técnicamente sustentar esta interpretación de la DGRN. Se trata de una limitación referida a la “jurisdicción” y como tal, se rige por la Ley del Estado miembro ante cuyos notarios se acude. Por esta razón, siendo competente una autoridad notarial española no sería posible que, mediante la elección de la Ley aplicable, los cónyuges consiguieran eludir esta limitación del ordenamiento español, al elegir la Ley de un país donde no existiera.

²⁶ La autonomía de la voluntad limitada que introduce el art. 5 RR II permite que los cónyuges elijan la Ley rectora de su divorcio entre los diversos criterios que recoge y, en particular, el último de ellos se refiere a la posibilidad de elegir la Ley del Estado cuyos órganos jurisdiccionales tienen competencia para conocer del divorcio en virtud del RB II ter. La Res.. DGRN (2016) indica que la elección más oportuna, cuando sea posible, es la Ley del foro “en cuanto evita la aplicación del derecho extranjero, la interpretación normativa y en su caso los problemas de selección de las normas imperativas de la ley del foro”.

defecto de elección en virtud de las conexiones subsidiarias del art. 8 RR III. La aplicación de los criterios conflictuales de este precepto ante las diferentes situaciones en las que la autoridad notarial española puede tener CJI de acuerdo con los foros del R B II ter, determina la aplicación de la Ley española²⁷, salvo un caso concreto cuya frecuencia cabe entender escasa por los elementos que han de concurrir: (a) que uno de los cónyuges resida en España; (b) el otro en el país donde ambos hubieran tenido la última residencia habitual común, y (c) no hubiera transcurrido más de un año desde el traslado de residencia del primero hasta que se presenta la solicitud de divorcio. En este supuesto la Ley que resulta aplicable es la del país de la última residencia habitual común (art. 8 b) RR III). La consecuencia de todo ello repercute en el limitado interés que presenta la elección de la Ley aplicable cuando se pretende que sea la española, al quedar limitado a este concreto supuesto y, paralelamente, por el contrario, la indudable transcendencia que tiene este acuerdo si los cónyuges pretenden que su divorcio se rija por una Ley extranjera a pesar de haber solicitado de común acuerdo su divorcio ante una autoridad notarial española. Se trata de una delimitación relevante para abordar los requisitos formales a los que viene sometida la elección de la Ley del divorcio.

La validez de la elección de la Ley aplicable al divorcio viene sometida al cumplimiento de determinados presupuestos. El primero deriva de la limitación del momento procesal que coincide con el inicio del procedimiento. Se trata de la consecuencia de la Comunicación realizada por España en relación a lo previsto en el art. 5.3^o²⁸. Este primer requisito es objeto de la precisión que recoge la Res.–

²⁷ En las situaciones en las que la autoridad notarial española tiene CJI de acuerdo con los foros del RB II ter, las conexiones del art. 8 RR II determinan la aplicación de la Ley española: (1) Si la CJI viene atribuida por el foro de la “demanda conjunta” (art. 3 a) iv) RB II ter) y (a) solo uno de los cónyuges tuviera la residencia en España, la operatividad subsidiaria de los criterios de este precepto lleva a la *lex fori* (art. 8 d); (b) si, además, en este caso, la última residencia habitual común la hubieran tenido en España, la Ley española es la aplicable, y ello, tanto cuando (i) la modificación de la residencia del otro cónyuge no hubiera tenido lugar antes del año anterior al momento en el que se presenta la solicitud de divorcio (de acuerdo con el art. 8 b), como (ii) de haber modificado esta residencia antes de este momento, porque en este caso, si ambos son nacionales españoles, la Ley española es la determinada por el art. 8 c) y, también de no serlo a través de la conexión de cierre (*lex fori* art. 8 d). (c) Si ambos cónyuges residieran en España, es operativa la conexión del art. 8 a) que también lleva a la Ley española. (2) Si la CJI de las autoridades notariales españolas deriva del foro de la nacionalidad común (art. 3.b) RB II ter), la Ley aplicable es también la española (art. 8 c) RR II). (3) Si la CJI deriva de la competencia residual permitida por el art. 6 RB II ter, y la atribución de la competencia de las autoridades notariales españolas se basa en el foro de necesidad de la LOPJ, puesto que éste solo puede operar en el caso de nacionalidad mixta y cuando ninguno de los cónyuges resida en un Estado miembro, la única conexión operativa para determinar la Ley aplicable es la *lex fori* (art. 8 d) que lleva a la Ley española.

²⁸ En virtud del art. 5.3^o RR II, la elección de la Ley aplicable puede realizarse en el curso del procedimiento si así lo permite la Ley del foro. En consecuencia, la determinación del límite para la elección constituye una cuestión procesal que compete a la *lex fori*. La declaración realizada por España según la cual nuestra legislación no permite que los cónyuges designen la ley aplicable en el curso del procedimiento [https://e-justice.europa.eu/356/ES/divorce_and_legal_separation?_SPAIN&member=1], implica que esta limitación viene marcada por el comienzo del proceso de divorcio.

Cons. DGRN 2016 al señalar que el acuerdo de elección ha de realizarse mediante una escritura independiente, que puede ser inmediatamente anterior a la escritura de otorgamiento de divorcio y ante el mismo notario²⁹. Esta elección ha de constar en la escritura notarial de separación o divorcio, en la que se tiene que reflejar, como también indica, si existe una ley pactada, o si no existe pacto al respecto.

Además, la validez formal del acuerdo de elección exige (art. 7 RR III) que se realice según las reglas mínimas relativas a su materialización —por escrito, fechado y firmado por los cónyuges—, que han de completarse con las reglas adicionales, cuya exigibilidad depende del país de residencia habitual de los cónyuges³⁰. Como requisito adicional de la legislación española, y así lo recuerda la Res.—Cons. DGRN 2016, el pacto de elección de ley “debe concluirse en un documento público con fuerza ejecutiva (ante un notario público) o un “documento auténtico” (un documento cuya fecha y firmas por las partes sean inequívocas, aun si no adopta la forma de un instrumento notarial)”. Ahora bien, en virtud de lo previsto en el art. 7, esta regla adicional sería aplicable en los dos casos siguientes: (a) cuando ambos cónyuges tengan la residencia habitual en España en el momento de la elección (cualquiera que sea su nacionalidad), y (b) cuando sólo uno de los cónyuges tenga en España su residencia habitual, siempre que el otro residiera en un Estado no participante del Reglamento, o bien en un Estado participante cuyos requisitos adicionales fueran más rigurosos que los de la legislación española³¹. Por el contrario, podría ocurrir que la autoridad notarial española tuviera que aplicar los requisitos formales adicionales establecidos por la legislación de otro Estado miembro participante (como podrían ser los del país donde los cónyuges (nacionales españoles) tuvieran su residencia habitual común).

²⁹ Señala la Res.—Cons. DGRN 2016 que “inmediatamente antes del otorgamiento de la escritura podrán los cónyuges ante el mismo Notario elegir la ley aplicable, escritura de determinación de la ley aplicable que será enviada al tiempo de la escritura de divorcio, pero previo a éste, al Registro Civil”. Un sistema de doble escritura que como indica C. González Beilfuss (“El divorcio notarial...”, *loc. cit.*, p. 360), encarece innecesariamente el divorcio ante notario cuando concurre un elemento internacional, por lo que debería valorarse la modificación de lo declarado por España.

³⁰ Estas reglas adicionales son las establecidas por el ordenamiento del Estado miembro participante de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la elección (art. 7.2º). Si residieran en Estados miembros participantes distintos bastaría que se respetaran las normas de uno de ellos (art. 7.3º). Si únicamente uno de los cónyuges residiera en un Estado miembro participante serían aplicables las reglas de forma establecidas en dicho ordenamiento (art. 7.4º). Por lo tanto, no son aplicables las reglas adicionales si ninguno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el momento de la elección.

³¹ Es interesante destacar que, *a sensu contrario*, no operan las reglas adicionales del ordenamiento español en los dos siguientes casos: (a) cuando ambos cónyuges, nacionales españoles, no tuvieran su residencia en ningún Estado miembro (si es otro Estado miembro participante, sus reglas son las aplicables) y (b) cuando sólo uno de los cónyuges residiera en España, teniendo el otro su residencia habitual en otro Estado miembro participante cuyas normas fuesen menos rigurosas que las establecidas en nuestra legislación.

De resultar aplicable una Ley extranjera podría constatarse su contrariedad con el orden público del foro al que se refiere el art. 12 RR III, o bien el supuesto que recoge en su art. 10. La particularidad de la operatividad de estos preceptos en el ámbito del divorcio notarial se refiere, por una parte, a su limitada incidencia y, por otra, al resultado. Su incidencia queda reducida, ya que, como consecuencia de la frecuente aplicabilidad de la Ley española por las razones antes expuestas, sólo pueden operar en el caso concreto en el que el art. 8 RR III determina la aplicación de la Ley del país de la última residencia habitual común y los cónyuges no hubieran acordado en virtud del art. 5 la aplicación de la Ley española, así como en los casos en los que la Ley extranjera hubiera sido la elegida por los cónyuges de acuerdo con este último precepto. En lo que respecta al resultado, la particularidad se constata, en lo que respecta a la operatividad del primero de estos preceptos, por cuanto la exclusión de la Ley extranjera (o de los preceptos concretos de la misma) para, en su lugar, aplicar la Ley del foro (en virtud del art. 12 RR III), difiere de la solución que introduce la RC. DGRN (2016) al señalar que la autoridad notarial ha de finalizar “negando su actuación y notificando la negativa a este Centro Directivo (art. 232 RN)”. Ahora bien, frente a esta actuación extrema, cabe una salida previa más favorable para los cónyuges. La obligación de la autoridad notarial de informarles sobre las consecuencias de la elección de la Ley aplicable (Cdo. 18 RR III), permite que les advierta de la procedencia de la elección de la Ley rectora de su divorcio (de no haberlo hecho), o de una Ley distinta a la elegida, como podría ser la española³². Una solución que, además, también podría operar en el caso de apreciarse la situación prevista en el art. 10 RR III, referida al caso en el que la Ley aplicable no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, ya que, por las mismas razones, el notario no puede aplicar en su lugar la Ley del foro como establece este precepto³³.

³² Como señala Paz-Ares “resulta más eficiente sugerir la selección de una nueva norma rectora del divorcio, singularmente la del foro, siempre que sea compatible con los intereses y necesidades de los cónyuges, que articular la aplicación de la cláusula de orden público”. I. Paz-Ares Rodríguez, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea (estudio normativo y jurisprudencial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 119-239 (p. 229). Sobre estas posibles soluciones alternativas vid. M.P. Diago Diago, “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, *Bitácora Millenium DIPr*, n° 1, 2017, pp. 1-4.

³³ Distinta es la situación, que queda fuera del ámbito al que se refiere el art. 10 del RR-III, cuando la constatación de los presupuestos exigidos por la Ley aplicable al divorcio requiriese una actividad probatoria y de calificación propiamente jurisdiccional, como ocurre de estar basada en un sistema de divorcio culpable. En este caso, planteado por J. Pérez Hereza, “Divorcio notarial: problemas prácticos”, *El Notario del siglo XXI*, n° 100, 2021 [[https://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7657-divorcio-notarial-proble mas-practicos](https://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7657-divorcio-notarial-proble-mas-practicos))] entiende que no cabe la solicitud del divorcio ante notario, incluso aunque ambos cónyuges reconociesen la existencia de la causa de

3. Emisión del certificado para el reconocimiento de la decisión

La decisión relativa al vínculo matrimonial de la autoridad notarial española puede ser objeto reconocimiento en los demás Estados miembros de acuerdo con lo previsto en el RBr. II ter. La cuestión que la aplicación de este texto puede presentar a la autoridad notarial española es la referida a la emisión del certificado como documento necesario para la posible circulación de su decisión en el ámbito europeo.

En este sentido es esencial la relevancia que presenta la distinción que, de manera coherente con la amplitud del concepto de “órgano jurisdiccional”, introduce el art. 2 RB II ter, entre “resolución”, “documento público” y “acuerdo”, en tanto que motiva los distintos sistemas de reconocimiento que son recogidos en el Capítulo IV³⁴. Ahora bien, lo destacable es que, en todos ellos, un documento esencial para la solicitud del reconocimiento es el certificado que ha de expedir, a instancia de la parte interesada, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen comunicado a la Comisión en virtud del art. 103. Si se trata del reconocimiento de una resolución en materia matrimonial, dicho certificado se expide de acuerdo con el formulario que recoge el anexo II (art. 36.1º.a), y tratándose de un documento público o un acuerdo, de acuerdo con el formulario que figura en el anexo VIII (art. 66.1º.a).

La consideración de estos preceptos muestra que la autoridad notarial, comprendida en el concepto de órgano jurisdiccional del RB II ter, habría de expedir este certificado. En este sentido, es esencial la correcta comunicación a la Comisión de la información referida en el art. 103 que, en lo que respecta a los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes habría de incluir expresamente en el caso de España a nuestras autoridades notariales. Esta correcta designación habría de implicar que, de forma paralela, nuestra legislación interna introdujera expresamente que este certificado, esencial para la libre circulación, pudiera ser emitido por las autoridades notariales cuando el divorcio se hubiera resuelto mediante expediente notarial. La coherencia con lo previsto en el RB II ter exige esta referencia con la que habría de superarse lo establecido por la Disposición Final vigésima segunda de la LEC, referida a las medidas para facilitar la aplicación del anterior RB II bis que, en lo que respecta

divorcio, pues la normativa notarial solo lo permite en caso de mutuo acuerdo, lo que no equivale al divorcio causal con reconocimiento de la causa por los cónyuges.

³⁴ De acuerdo con Herranz Ballesteros, la introducción de esta diversidad de sistemas para el reconocimiento es una de las más importantes novedades del RB II ter. M. Herranz Ballesteros, “El Reglamento (UE) 2019/1111 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): Principales novedades”, *REDI*, vol. 73, nº 2, 2021, pp. 229–260 (p. 233).

a la certificación prevista en su art. 39, únicamente se refiere a la relativa a las resoluciones judiciales, señalando que, en la materia matrimonial, se ha de expedir por el letrado de la Administración de Justicia.

III. CONVENIO REGULADOR Y CUESTIONES VINCULADAS AL DIVORCIO

El CR que incorpora la escritura pública de divorcio exige su aprobación por la autoridad notarial como requisito de su eficacia³⁵. Los cónyuges, aunque no necesitan representación por procurador, han de estar asistidos por letrado en ejercicio para la redacción de los acuerdos recogidos en la propuesta de CR que tienen que presentar (arts. 82 y 87 Cc y 54.2º LN). Para prestar su consentimiento ante la autoridad notarial es precisa su comparecencia, así como, en su caso, de los hijos mayores o menores emancipados. Ahora bien, como indica la Resolución de 26 enero 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, los cónyuges pueden prestar su consentimiento a través de representante³⁶.

De acuerdo con el art. 90.1º Cc relativo al contenido del CR, delimitado de acuerdo con los presupuestos del divorcio ante la autoridad notarial española, las materias que puede comprender son las relativas a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial (a partir de ahora REM), y a la pensión compensatoria entre los cónyuges. Se trata, en ambos casos, de cuestiones

³⁵ Como aspecto de procedimiento, la aprobación del CR se rige por la Ley española, así como lo que afecta a su tramitación y finalización, cuyo resultado puede ser su autorización o su denegación. La autoridad notarial no puede apartarse de los términos del CR propuesto por los cónyuges, como sí cabe en una sentencia judicial. De no autorizar la escritura pública, previa advertencia a los otorgantes, dará por terminado el expediente. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez si pretenden la aprobación de su propuesta de CR (arts. 90.2º Cc). De ser autorizada la escritura pública formalizando el CR, desde su otorgamiento podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio (art. 90.2º Cc). Los efectos de la disolución del matrimonio se producen desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública, si bien no perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil (art. 89 Cc). A estos efectos el art. 61 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22.7.2011, en vigor desde el 30 abril 2021) establece que el notario ha de remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos, testimonio o copia electrónica de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las medidas que hubieran sido convenidas en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el art. 90.3º Cc.

³⁶ Esta Resolución [<https://www.notariosyregistradores.com/web/participa/noticias/escritura-de-divorcio-con-representacion-voluntaria/>>] admite, para la formalización de la escritura notarial de divorcio, la posible comparecencia de una persona que actúe en calidad de *nuncio* del cónyuge físicamente ausente. Esta solución ha supuesto un importante cambio de doctrina frente a la anterior exigencia de la comparecencia personal y directa de los cónyuges recogida en la Res.-Cons. DGRN 2016 que, como indica J. Pérez Hereza, “Divorcio notarial...”, *loc. cit.*, p. 2 ss, fue objeto de abundantes críticas.

vinculadas al divorcio, respecto del cual la autoridad notarial española tiene CJI en virtud del RB II ter. Ahora bien, al no quedar comprendidas en el (limitado) ámbito material de este texto, como tampoco en el del RR III a los efectos de la determinación de la Ley aplicable, es necesario considerar la aplicabilidad de los Reglamentos europeos que se ocupan de la delimitación de la competencia y de la Ley aplicable respecto a cada una de ellas.

1. Disolución del régimen económico matrimonial

La reglamentación de los aspectos comprendidos en el REM es objeto del Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales³⁷ (a partir de ahora RREM). Este instrumento es aplicable desde el 29 enero 2019 por los Estados participantes de la cooperación reforzada, entre los que se encuentra España. Su ámbito material se refiere a los regímenes económicos matrimoniales, delimitados de manera amplia como el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (art. 3.1.a)³⁸.

A) Competencia judicial internacional

La autoridad notarial española ha de comprobar de oficio su CJI para aprobar la disolución del REM que los cónyuges hubieran acordado en su propuesta de CR. La determinación del texto normativo aplicable ha llevado a plantear la cuestión de la operatividad del RREM. Su respuesta exige precisar si la autoridad notarial española queda comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” que este texto recoge a los efectos de su aplicación (art. 3.2º). Ahora bien, la vinculación que introduce esta definición con el ejercicio de la “función jurisdiccional”³⁹, exige la calificación funcional de la actividad de la autoridad notarial española, y aquí radica la dificultad de aportar una respuesta concluyente. En sentido negativo cabe constatar la incidencia que presenta la Comunicación realizada por España a la Comisión cuando indica que “en España no existen autoridades con las características y alcance del art. 3.2º en

³⁷ DO L 183 de 8.7. 2016. Este Reglamento comenzaba su aplicabilidad el 29 enero 2019 (art. 70.2º).

³⁸ Esta definición es objeto de clarificación por el Cdo. 18.

³⁹ Una función que este precepto vincula a la constatación de los requisitos que recoge, avalados por los Cdos. 29 y 30. Señala A. Rodríguez Benot, (“Los efectos patrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 31) que para integrar el supuesto de hecho del art. 3.2º del Reglamento lo relevante es el ejercicio –directo o delegado– de potestad jurisdiccional por parte de la autoridad estatal, con independencia de su denominación o naturaleza.

el ámbito de aplicación de este Reglamento⁴⁰. No obstante, si se atiende a la doctrina del TJUE se puede plantear si esta Comunicación es un argumento definitivo para excluir a las autoridades notariales españolas del concepto de “órgano jurisdiccional”⁴¹. Estas dudas se incrementan si se atiende a la diversidad de las posturas doctrinales. En particular se encuentra, por una parte, la que responde negativamente a la identificación de la actividad notarial con la función jurisdiccional que exige el art. 3.2º RREM, entendiendo por ello que la delimitación de la CJI de la autoridad notarial española se rige por las normas de la LOPJ⁴². Frente a esta postura se encuentra la que defiende que la calificación funcional de la actuación notarial no puede ser objeto de generalización dada la pluralidad de su actividad en el ámbito del REM y, sobre la base de esta diversidad, responde de forma matizada distinguiendo entre los actos que no tienen carácter jurisdiccional, como son la emisión de actas de notoriedad del REM o la autorización de una escritura de capitulaciones matrimoniales por la que disuelve o liquida el REM, de aquellos otros en los que asume una función claramente jurisdiccional, como es su intervención para la disolución y liquidación del REM realizada en el marco de un proceso de divorcio como parte del CR⁴³. Desde esta perspectiva, se entiende que la

⁴⁰ Comunicación realizada en cumplimiento de lo establecido en los arts. 3.2, pfo. 2º y 65.1º RREM. [https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_%20regimes-559-es-es.do?member=1].

⁴¹ En este sentido SSTJUE 23 mayo 2019, C-658/17, WB (ECLI:EU:C:2019:444) y 16 julio 2020, C-80/19, E.E (ECLI:EU:C:2020:569). Un amplio análisis crítico sobre la interpretación que la primera de ellas realiza de la “función jurisdiccional” en el ámbito del Reglamento de Sucesiones es abordado por M. Requejo Isidro, “El art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 650/2012: Autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *REEL*, nº 39, 2020, pp. 1-26.

⁴² En este sentido R. Rueda Valdivia afirma que el notario español no ejerce “función jurisdiccional”, motivo por el que ha de aplicar el art. 22 LOPJ para la delimitación de su CJI, si bien finaliza señalando las negativas consecuencias que se derivan en el plano competencial que conducen a resultados desconcertantes. R. Rueda Valdivia, “Plurinacionalidad y Régimen Económico matrimonial en Derecho Internacional privado español”, en M. Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 334-401 (pp. 338-340 y p. 367 nota 32). En el mismo sentido N. Marchal Escalona (“El tratamiento de la plurinacionalidad...”, *loc. cit.*, p. 464), así como A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 18ª ed., 2018, pp. 172-173.

⁴³ Así se considera por P. Jiménez Blanco, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162, esp. p. 158; I. Paz-Ares Rodríguez, “El divorcio ante notario...”, *loc. cit.*, p. 206, nota 190. Con carácter previo a la Comunicación realizada por España, todo hacía apuntar, como señalaba P. Quinzá Redondo que, por parte de España, serían incluidos en el concepto de órgano jurisdiccional a los notarios, ya que conforme a la Ley de jurisdicción voluntaria pueden tener competencia para la separación y divorcio y, extensivamente, para la liquidación del régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador; no así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en este caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales. P. Quinzá Redondo, “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *RGDE*, nº 41, 2017, pp. 180-222, esp. pp. 189-190.

autoridad notarial española tiene que aplicar las normas de competencia del RREM para determinar su CJI respecto a la disolución del REM.

La dificultad de la respuesta, que todo lo anterior refleja, ante el planteamiento de la aplicabilidad de las normas de competencia del RREM por las autoridades notariales españolas, puede llevar a un resultado diferente si la cuestión se formula en términos más concretos. El punto de partida pasa por señalar que la CJI que se trata de delimitar se refiere a la disolución del REM que es consecuencia de un divorcio para el que la autoridad española es competente de acuerdo con las normas del RB II ter. La vinculación entre ambas acciones exige atender a la estrategia procesal de la acumulación del proceso con la finalidad de evitar las negativas consecuencias del fraccionamiento de la competencia a la que puede conducir la aplicación de los foros de diferentes textos normativos. La entidad de este objetivo determina su relevancia, que afecta tanto al divorcio judicial como extrajudicial, motivo del planteamiento de su incidencia para que la autoridad notarial española, competente para el divorcio, puede serlo también para conocer de la cuestión vinculada con el mismo relativa a la disolución del REM. Desde esta perspectiva la respuesta lleva a la operatividad del foro por accesoriadad recogido en el art. 5 RREM y ello, tanto por el tenor literal de este de este precepto⁴⁴, como en atención al objetivo al que obedece. Este precepto, con la finalidad de evitar la dispersión del procedimiento que resulta del limitado ámbito de aplicación material del RB II ter, atribuye la CJI para la disolución del REM que se plantea como cuestión vinculada al divorcio, a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de este último en virtud de las normas del RB II ter⁴⁵. La consecuencia de todo ello es que la consideración de “órgano jurisdiccional” de la autoridad notarial española ha de constatararse a efectos de la aplicación del RB II ter. Su competencia, delimitada con arreglo a este texto, se extiende para la cuestión vinculada relativa a la disolución del REM porque así lo establece el art. 5 RREM, con independencia de que se comprenda en el concepto de “órgano jurisdiccional” que recoge en su art. 3.2º. La relevante conclusión es que esta extensión de la competencia de la autoridad notarial española cuando conoce de la disolución del REM en el contexto de un proceso de divorcio, no depende de la calificación funcional de su actividad⁴⁶. Esta

⁴⁴ Establece el art. 5.1º RREM que “(...) cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio (...) en virtud del Reglamento (CE) nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda”.

⁴⁵ De acuerdo con A. Rodríguez Benot (“Los efectos patrimoniales...”, *loc. cit.*, pp. 35–36), el resultado del art. 5.1º RREM es una acumulación automática, inderogable y plausible de la competencia para conocer de la crisis del matrimonio y del asunto surgido del régimen económico conectado con este, ante la autoridad designada por el Reglamento 2201/2003.

⁴⁶ Como señala Jiménez Blanco “(s)i se ha concluido que un notario que aprueba un divorcio por mutuo acuerdo es tribunal para Bruselas II bis, en coherencia debe serlo también a los efectos de la liquidación de ese régimen”, motivo que determina la irrelevancia “a los efectos de la competencia judicial internacional prevista en el art. 5 del Reglamento REM de que los notarios actúen en el ejercicio

respuesta excluye la aplicación de las normas de la LOPJ, lo que implica que la autoridad notarial actúa del mismo modo que lo haría la autoridad judicial de conocer la misma situación de divorcio. Una identidad importante si se considera que ante la ausencia de autorización notarial de la escritura pública queda abierta la vía judicial, y no hay duda de que el tribunal español competente para este divorcio aplicaría el foro de accesoriadad del art. 5 REM⁴⁷.

Por último, es preciso señalar que, en virtud del ap. 2 del mismo art. 5 del RREM, cuando la CJI para el divorcio derive de determinados foros del RB II ter, la extensión de su competencia respecto a la acción relativa al REM exige el acuerdo entre los cónyuges. En el contexto del divorcio ante autoridad notarial española este caso puede constatare cuando la atribución de la CJI se hubiera basado en el foro de necesidad de la LOPJ (art. 22 octies 3) de acuerdo con lo previsto en el art. 6 RB II ter⁴⁸.

B) Determinación de la Ley aplicable

La determinación de la Ley aplicable, objeto del capítulo III del RREM, se articula mediante normas conflictuales que presentan carácter universal (art. 20), en cuanto se aplican con independencia del ordenamiento estatal al que remitan, y parten de la unidad de la Ley aplicable (art. 21), que exige que su regulación se extienda al REM en su conjunto, con independencia de la naturaleza de los bienes y de su ubicación (Cdo. 43)⁴⁹. La Ley delimitada con arreglo a las normas del

de “función jurisdiccional”. Ahora bien, más allá de la concreta aplicación del foro por accesoriadad del art. 5, su posición a favor de la identificación de la “función jurisdiccional” del notario español cuando conoce de la disolución del REM en el marco de un divorcio, le lleva a entender que son aplicables el conjunto de las reglas de competencia del RREM. P. Jiménez Blanco, *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 318–319.

⁴⁷ Como señala P.A. De Miguel Asensio (“Ley de la Jurisdicción Voluntaria...”, *loc. cit.*, pp. 153–154), resulta razonable que la LJV no incluya una regulación específica y diferenciada de la competencia internacional para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, evitando un fraccionamiento innecesario de la regulación de la competencia judicial internacional. Un expediente de jurisdicción voluntaria y un proceso jurisdiccional (posterior) pueden recaer exactamente sobre el mismo objeto, resultando apropiado que las reglas de competencia internacional sean en principio coincidentes.

⁴⁸ *Vid. supra* ap. II.1. En este caso, indica el art. 5.3° que este acuerdo, de celebrarse antes de que se requiera al órgano jurisdiccional para que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, ha de ser conforme a lo dispuesto en el art. 7.2°. Sobre las cuestiones que suscita esta precisión relativa al régimen jurídico de los acuerdos de extensión de competencia *vid.* P. Quinzá Redondo, “La unificación...”, *loc. cit.*, pp. 194–196.

⁴⁹ El fraccionamiento de la Ley aplicable que se pretende evitar es destacado por A. Rodríguez Benot, “La armonización del Régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011”, en C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–571. esp. p. 566 nota 23.

RREM es la aplicable a las materias comprendidas en el amplio ámbito de este texto (art. 27), entre las que se encuentra su disolución y liquidación⁵⁰. Ahora bien, de acuerdo con su art. 69.3 las disposiciones del capítulo III solo son aplicables a los matrimonios celebrados con posterioridad al 29 enero 2019, así como a los celebrados con anterioridad cuando, a partir de esa fecha, los cónyuges hubieran elegido la Ley aplicable de acuerdo con la autonomía de la voluntad limitada que recoge en su art. 22⁵¹. En consecuencia, tratándose de un matrimonio celebrado antes del 29 enero 2019 y si los cónyuges no hubieran designado la Ley aplicable de acuerdo con lo previsto en el art. 22 RREM, la Ley rectora del REM se determina de acuerdo con la legislación autónoma de los EEMM, en nuestro ordenamiento el art. 9.2º Cc⁵².

⁵⁰ Este precepto, sin la pretensión de establecer una lista cerrada (no se trata de un *numerus clausus*) recoge un extenso ámbito de materias, al indicar que la Ley aplicable al REM abarca: (a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges durante la vigencia del matrimonio y tras su disolución; (b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; (c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro; (d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio; (e) la disolución del régimen económico matrimonial así como el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; (f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero y (g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales.

⁵¹ El art. 22 RREM permite la elección entre: “a) la Ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la Ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo”. Señala el Cdo. 45 (*in fine*) que “esta elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio”. Ahora bien, salvo pacto en contrario, todo cambio de la Ley aplicable al REM efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro (art. 22.2º) y, en todo caso, han de quedar salvaguardados los derechos de terceros derivados de la Ley anterior (art. 22.3º). *Vid.* B. Añoberos Terradas, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas” en M. Guzmán Zapater, C. Esplugues Mota (dirs.), M. Herranz Ballesteros, M. Vargas Gómez Urrutia (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 241–272; 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. 71, nº 1, 2019, pp. 89–117, esp. p. 102.

⁵² El Reglamento no implica la desactivación de las normas conflictuales internas (9.2º y 9.3º Cc). Su operatividad tiene especial relevancia para la solución de los conflictos internos (en virtud del art. 33 RREM.) Al respecto J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 10ª ed., 2018, p. 489; M.P. Diago Diago, “Art. 20” en J. L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno (Dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199–205; G. Palao Moreno, “La determinación...”, *loc. cit.*, p. 96, pp.112–114; C. González Beilfuss, “El divorcio notarial...”, *loc. cit.*, pp. 361–363; P. Jiménez Blanco, “Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos y Derecho interregional español”, en E. Pérez Vera, J. C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez, M. Guzmán Peces (eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp.443–463.

La correcta aplicación de las normas conflictuales del RREM, exige la constatación de que Ley aplicable, en su caso designada por los cónyuges, se ajusta a los criterios del art. 22 RREM, así como a los requisitos de validez formal⁵³. En defecto de elección se ha de aplicar el art. 26 en el caso (únicamente) de matrimonio celebrado después del 29 enero 2019⁵⁴.

En el contexto del divorcio planteado ante la autoridad notarial española, la valoración de los resultados de la aplicación de estas normas conflictuales muestra su interés si se aborda en atención a los casos en los que tiene CJI para el divorcio (RB II ter), al ser la base que sustenta la extensión de su competencia para la disolución del REM (art. 5 RREM). El objetivo de esta perspectiva es doble. Por una parte, considerar la posibilidad de que las conexiones sobre las que se articulan las normas conflictuales del RREM puedan llevar a la aplicación de la Ley española, permitiendo así la coincidencia *forum-ius*. Por otra, analizar los criterios de las normas conflictuales del RREM junto con los recogidos por el RR III (art. 5 y art.8) para abordar la posibilidad de que la Ley española pueda ser la aplicable para la disolución, tanto del vínculo matrimonial, como del REM.

Entrando en esta valoración, el primer caso exige atender al supuesto en el que los cónyuges hubieran elegido la Ley aplicable para su divorcio (art.5 RR III), así como para la disolución del REM (art. 22 RREM). De acuerdo con los criterios sobre los que se articula la autonomía de la voluntad en cada uno de estos preceptos, la posibilidad de la coincidencia *forum-ius* no plantea duda alguna en el ámbito del art. 5 RR III, por cuanto recoge el criterio de la *Lex fori* entre los que permiten la elección de la Ley aplicable al divorcio. La ausencia de este criterio en el art. 22 RREM no impide, sin embargo, que las conexiones sobre las que se articula permitan la elección de la Ley española en los casos en los que la autoridad notarial española sea competente para el divorcio. La coincidencia *forum-ius* puede existir si su competencia para el divorcio deriva del foro relativo a “la demanda conjunta” por tener uno de ellos la residencia habitual en España

⁵³ Los presupuestos para la validez formal de la elección de la Ley aplicable y los requisitos adicionales que recoge el RREM (art. 23), son los mismos que los establecidos por el RR II (art. 7) a cuyo análisis nos remitimos (*vid. supra* apartado II.2). No obstante, cabe destacar de acuerdo con A. Rodríguez Benot (“Los efectos patrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 41), lo llamativo que resulta que este precepto sólo aluda a los requisitos adicionales formales exigidos por la Ley del Estado miembro de la residencia habitual de una o ambas partes y no por la Ley de otros Estados (como, por ejemplo, el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles o el de la *lex causae*).

⁵⁴ El notario español está obligado a determinar la norma de conflicto aplicable y, de acuerdo con ella, delimitar la Ley material rectora de la situación. En particular, en lo que afecta al REM, así ha sido puesto de manifiesto por las Resoluciones de la DGRN de 5 marzo 2007, de 4 diciembre 2015 y de 29 octubre 2020, como señala la más reciente Resolución de 11 mayo 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 1.6.2022), en la que indica que, “aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable” (FD 4).

(art. 3.a) iv), ya que el art. 22 RREM permite elegir la Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges o de uno de ellos. Del mismo modo, cuando su competencia para el divorcio derive del foro de la nacionalidad común de los cónyuges (art. 3.b) RB II ter), la posibilidad de elección de la Ley española para la disolución del REM puede basarse en el criterio del art. 22 RREM que permite la elección de la Ley del país de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges. Esta coincidencia *forum-ius* tiene mayor relevancia en atención a su alcance si también la Ley española es la elegida como Ley rectora de la pensión de alimentos, aspecto que se aborda en el siguiente apartado.

Muy distinto es el resultado si se atiende ahora al supuesto en el que los cónyuges no hubieran elegido la Ley rectora del REM y la Ley aplicable hubiera de determinarse de acuerdo con el art. 26 RREM⁵⁵. Si se atiende a las conexiones de este precepto se constata que, salvo la relativa a la nacionalidad común, las demás no coinciden con las recogidas en el art. 8 del RR III, y tampoco se articulan de acuerdo con los criterios de los foros del art. 3 RB II ter sobre los que se puede basar la CJI. El resultado es que la coincidencia entre *forum-ius* no siempre es posible, como tampoco la de la Ley aplicable a la disolución del REM y la rectora del divorcio.

En todo caso, la Ley designada (art. 22) o la prevista en defecto de elección (art. 26), como rectora de la disolución del REM (art. 27), requiere que la autoridad notarial española controle, conforme a dicha Ley, la licitud de los acuerdos entre los cónyuges referidos a la disolución o liquidación del REM y plasmados en su propuesta de CR que, en su caso, hubieran adoptado sobre la base de su autonomía material⁵⁶. Se trata de un control esencial en atención a los resultados, ya que, en caso de no ajustarse a esta Ley aplicable, y puesto que la autoridad notarial no puede proceder a la modificación de la propuesta de CR presentada por los cónyuges⁵⁷, denegaría su aprobación y los cónyuges tendrían que acudir a la vía judicial. Esta es también la solución cuando este control de legalidad llevara a constatar la existencia de “leyes de policía de la Ley del foro”

⁵⁵ En virtud del art. 26 es aplicable, en primer lugar, la Ley de la residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, en su defecto, la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, y de no existir nacionalidad común, la Ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio teniendo en cuenta todas las circunstancias. El art. 26.3º introduce una cláusula de excepción (sobre la misma *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 497).

⁵⁶ La Ley aplicable al REM marca los límites dentro de los cuales se puede ejercer la autonomía de la voluntad material, como indica P. Quinzá Redondo, “La unificación...”, *loc. cit.*, p. 204. En el ámbito del RREM, el Cdo. 18 aclara que el término “régimen económico matrimonial”, ha de interpretarse de forma autónoma y abarca “no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable”.

⁵⁷ *Vid. supra* nota nº 35.

que requieren su aplicación al caso (art. 30.1⁵⁸), o bien la contrariedad que pudiera motivar la excepción del orden público (art. 31⁵⁹). No obstante, en estos casos siempre cabe que, con carácter previo, advierta a los cónyuges para que realicen las modificaciones precisas en los acuerdos recogidos en la propuesta del CR, o procedan a la elección de una Ley distinta que lleve a resultados diferentes.

Junto a los anteriores aspectos que definen el control de legalidad, también la autoridad notarial española ha de proceder al control de lesividad al que, como parte del procedimiento para el otorgamiento de la escritura pública, se refiere el art. 90.2º Cc. Su objeto es el de valorar que las medidas acordadas por los cónyuges en orden a la disolución del REM no resulten lesivas o dañosas para sus hijos mayores o menores emancipados, o gravemente perjudiciales para cualquiera de ellos, o para el bienestar de los animales de compañía. Se trata de una relevante cautela al permitirle que deniegue la aprobación del CR de constatar el carácter lesivo de los acuerdos realizados por los cónyuges, aunque se ajustaran a la Ley aplicable.

2. *Pensión compensatoria*

La propuesta de CR que presentan los cónyuges también puede comprender el acuerdo sobre la pensión compensatoria para alguno de ellos, en cuyo caso su aprobación por la autoridad notarial española exige que tenga CJI y, una vez constatada, que determine la Ley rectora para su validez. La pensión compensatoria queda comprendida en el concepto de obligación alimenticia que recoge el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁶⁰, conocido como Reglamento Bruselas III (en adelante RB III).

⁵⁸ El art. 30.2º define las “leyes de policía” como las disposiciones cuya observancia se considera esencial en un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la Ley aplicable al REM en virtud del Reglamento. El Cdo. 53 completa este concepto al señalar que “debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar (...)”.

⁵⁹ Señala este precepto que “(l)a aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶⁰ DO L 7 de 10.1.2009. Sobre la base de la necesaria interpretación autónoma del concepto de obligaciones de “alimentos” (Cdo. 11), el TJ lo definía de forma amplia al entender comprendidas las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre “ex cónyuges” en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes, ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico (SSTJCE 27 febrero 1997, C-220/95, *Van den Boogaard* (ECLI:EU:C:1997:91) y 6 marzo 1980, C-120/79, *De Cavel* II (ECLI:EU:C:1980:70)).

A) Competencia judicial internacional

La aplicabilidad del RB III por la autoridad notarial española se plantea de forma idéntica a la que ha sido analizada en relación al RREM, de ahí que, tanto la cuestión como su respuesta sean paralelas y basadas en idénticos argumentos⁶¹. La vinculación entre la pensión compensatoria y la disolución del vínculo matrimonial del que deriva, motiva la relevancia del objetivo de la acumulación procesal para concretar los términos de la cuestión que ahora interesa. Se trata de determinar si la autoridad notarial española, que es competente para conocer del divorcio, puede también serlo respecto a la pensión compensatoria como cuestión vinculada con el primero. La respuesta se encuentra en el foro del art. 3.c) RB III) que, con el objeto de evitar la dispersión procesal, establece que el órgano jurisdiccional competente respecto de una acción relativa al estado de las personas, lo es también para conocer de las obligaciones de alimentos que se planteen como cuestión accesoria a la primera⁶². La vinculación entre estas acciones, como base sobre la que se articula el foro del art. 3.c) RB III), permite que la CJI para conocer de ambas sea atribuida al órgano jurisdiccional, ya sea autoridad judicial o extrajudicial, competente para el divorcio⁶³, al margen de que dicha autoridad quede comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” que recoge el RB III a los efectos de su aplicación⁶⁴. Lo relevante que esté comprendida en este término a los efectos de la aplicación del RB II ter.

B) Ley aplicable

La determinación de la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se rige, de acuerdo con la remisión que realiza el art. 15 RB III, por el Protocolo de La

⁶¹ *Vid. supra*, apartado II.I.A).

⁶² La excepción que recoge para la operatividad de este criterio se refiere al caso en el que la competencia para el divorcio se base en el foro de la nacionalidad de una de las partes. Puesto que este último solo puede resultar de la operatividad de los foros internos permitida por el art. 6 RB II ter, y dado que este foro no se encuentra en la LOPJ, no es posible que el supuesto recogido en esta excepción se pueda constatar siendo competente para el divorcio una autoridad española.

⁶³ El propio RB II ter refleja la preocupación por esta posible dispersión al recordar la vía de la accesoriadad para evitarla. Este es el sentido de su Cdo. 13 cuando indica que “(...) los órganos jurisdiccionales competentes en materia matrimonial en virtud del presente Reglamento deben, como regla general, tener competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de alimentos accesorias entre cónyuges y excónyuges en aplicación de lo dispuesto en el art. 3, letra c), de dicho Reglamento”.

⁶⁴ De este modo quedan descartadas las dudas que podrían plantearse por cuanto España no ha designado a las autoridades notariales como autoridades competentes según lo previsto en el art. 2.2º RB III.

Haya de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁶⁵ (en adelante PLH 2007). Este texto comprende normas conflictuales de aplicación universal (art. 2). Su relevancia se muestra, además, en atención a la amplitud de su ámbito material (art. 11⁶⁶).

La autonomía de la voluntad limitada que introduce el art. 8.1º PLH 2007 permite que los cónyuges puedan elegir la Ley aplicable de acuerdo con los criterios que recoge⁶⁷. Atendiendo a estos criterios se constata la posibilidad de que la Ley elegida para la obligación de alimentos coincida con la designada para la disolución del REM. En este caso, la Ley del mismo país es la aplicable a las dos cuestiones vinculadas al divorcio⁶⁸. Además, también este precepto permite que sea elegida como Ley rectora de la pensión compensatoria la Ley aplicable al divorcio del que deriva determinada de acuerdo con el RR III (ya sea la designada por las partes o la que resultara aplicable en defecto de elección). Se trata de una relevante opción teniendo en cuenta que también es posible que la Ley rectora de la disolución del REM coincida con la Ley elegida para la disolución del vínculo matrimonial⁶⁹. Realmente, estas posibilidades y, con ellas, la coincidencia de la Ley aplicable al divorcio y acciones vinculadas, determinan la transcendencia que presenta la elección de la Ley aplicable a la

⁶⁵ Instrumento incorporado al Derecho de los Estados miembros por la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 (DO nº 331 de 16 diciembre 2009).

⁶⁶ Este precepto establece que la Ley aplicable rige, en particular (sin carácter de exhaustividad): (a) si, en qué medida y a quién puede el acreedor reclamar alimentos (b) si puede reclamarlos retroactivamente, (c) la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y de su actualización, (d) quién puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos (legitimación activa), salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y la representación en juicio; (e) la prescripción o los plazos para iniciar una acción; (f) el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de la prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos.

⁶⁷ Este mismo precepto establece que la posible renuncia al derecho de alimentos se rige por la Ley del Estado de la residencia habitual del acreedor cualquiera que sea la Ley designada por las partes para la obligación alimenticia (art. 8.4º). Junto a la anterior, una segunda cautela introduce en su ap. 3, si bien ésta última no es aplicable en el caso del divorcio ante autoridad notarial española, dado que los presupuestos exigidos por nuestra legislación para su competencia funcional impiden que se constate el supuesto que recoge, referido a los menores de 18 años o mayores que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales no se encuentre en condiciones de proteger sus intereses.

⁶⁸ Las dos primeras conexiones —la Ley del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes en el momento de la designación— son las mismas que las recogidas en el art. 22 RREM, y, por su parte, la tercera, permite elegir la misma Ley que resulte aplicable para regir sus relaciones patrimoniales (ya sea la que las partes hubieran elegido o la efectivamente aplicada a tales relaciones). Sobre el concepto de residencia habitual en el PLH (2007) *vid.* M. Vargas Gómez-Urrutia, “Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007”, en M. Guzmán y M. Herranz (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 415–442 (p. 422).

⁶⁹ *Vid. Supra* apartado III.1.B). En este caso, la Ley del mismo Estado es la aplicable para regir, tanto la disolución del vínculo, como la disolución del REM y la pensión compensatoria y, si se trata de la Ley española, la coincidencia *forum-ius* es relevante.

obligación de alimentos, aspecto que la autoridad notarial habría de advertir a los cónyuges.

La Ley determinada conforme al PLH 2007 es la aplicable para la validez de los acuerdos entre los cónyuges que, sobre la base de la autonomía material, recogieran en su propuesta de CR en relación a la pensión compensatoria. Su aprobación por la autoridad notarial española exige el control de legalidad para constatar que se ajustan a dicha Ley.

Junto a este control es preciso considerar el derivado de diversos preceptos que incorpora el PLH 2007, cuya aplicación en el ámbito del divorcio notarial requiere de ciertas precisiones. El primero, en su art. 8.5º, donde establece que la Ley elegida por los cónyuges no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes, salvo que, en el momento de la designación, fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la Ley designada. El supuesto comprendido en este precepto, referido al control de las consecuencias a las que puede llevar la aplicación de la Ley elegida, coincide con el control de lesividad exigido por el art. 90.2º Cc para considerar el carácter dañoso o gravemente perjudicial para los cónyuges o para los hijos afectados por los acuerdos del CR. No cabe duda de que la autoridad notarial ha de proceder a este control. La matización de lo previsto en el art. 8.5º PLH 2007 se refiere al resultado. La autoridad notarial no puede rechazar la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges de apreciar el carácter dañoso de los acuerdos, ya que ello supondría la modificación de la propuesta de CR presentada por los cónyuges⁷⁰. Tampoco podría aplicar la Ley designada, por mucho que los cónyuges, tras ser informados de sus negativas consecuencias, estuvieran de acuerdo en su aplicación. La actuación de la autoridad notarial ante esta situación habría de ser la denegación de la aprobación del CR, de modo que los cónyuges tendrían que acudir a la vía judicial, si bien, siempre cabe que advierta a las partes para que puedan modificar la Ley elegida. Esta misma habría de ser la actuación de la autoridad notarial española en los casos comprendidos en los otros preceptos, también relativos al control de la Ley aplicable, que incorpora el PLH 2007. El primero, en su art. 14 que, con el objetivo de la protección del acreedor presenta, del mismo modo que el anterior, directa relación con el control de lesividad de los acuerdos del CR al que se refiere el art. 90.2º Cc, al establecer que, aunque la Ley aplicable delimitada con arreglo a los anteriores preceptos establezca algo distinto, la determinación de la cuantía de los alimentos exige tener en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en

⁷⁰ *Vid. supra* nota nº 34

lugar de un pago periódico de alimentos⁷¹. El segundo es el referido a la excepción del orden público a la que da entrada el art. 13 PLH (2007)⁷².

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La admisión de los divorcios extrajudiciales, particularmente mediante escritura notarial, está siendo objeto de un notable incremento entre los EEMM. No obstante, la diversidad es la nota que caracteriza estas reglamentaciones estatales, esencialmente como consecuencia de la función y alcance del grado de intervención que en ellas se reconoce a las respectivas autoridades notariales. Por esta razón el presente trabajo, basado en los resultados de la aplicación de los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales por las autoridades notariales, se aborda desde la perspectiva de nuestro ordenamiento. El objeto perseguido ha sido la delimitación, análisis y posibles soluciones de las cuestiones que plantea, y de las particularidades que presenta la aplicación de estos Reglamentos por las autoridades notariales españolas ante las que se solicita la formalización de la escritura pública relativa a un divorcio de carácter transnacional. Los concretos presupuestos exigidos para el divorcio notarial por la legislación española (arts. 82 ss Cc y art. 54 LN), y el hecho de que los Reglamentos europeos estén articulados sobre la base de su aplicación por los tribunales estatales, reflejan la transcendencia de este estudio. Una relevancia incrementada por el nuevo RB II ter como consecuencia de la clarificación del concepto de “órgano jurisdiccional” que incorpora, al señalar en su Cdo. 14 que ha de entenderse en el sentido amplio que le atribuye la jurisprudencia del TJUE “a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental”. No obstante, la transcendencia de esta expresa referencia a las autoridades extrajudiciales, no puede ocultar que, al mismo tiempo, es un elemento clave para avalar la diversidad de la reglamentación entre los EEMM. La competencia que la legislación española atribuye a las autoridades notariales para la separación y divorcio, así como el carácter decisorio que presenta su intervención, permiten afirmar que quedan comprendidas en el concepto de “órgano jurisdiccional” que recoge el art. 2.2º.1) RB II ter a los efectos de su aplicación. Ahora bien, este resultado, sobre el que se han abordado las relevantes consecuencias expuestas a

⁷¹ Siguiendo a J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo (*Derecho Internacional...*, op. cit. p. 534) hay que advertir de la transcendencia que presenta en el ámbito internacional la consideración de los diferentes niveles de vida o renta de los distintos países involucrados. De otro modo, el riesgo es que la cuantía resulte exigua o desproporcionada.

⁷² Vid. *supra* apartado II.2 en el ámbito del RR II y apartado III.1.B) en el ámbito del RREM.

lo largo de este estudio, puede ser muy diferente si se atiende la diversidad existente entre las respectivas legislaciones de los EEMM.

La ausencia de unificación del divorcio notarial en el ámbito de la UE afecta a la seguridad jurídica del ciudadano europeo. En relación a la CJI, la diversidad expuesta es la causa de que la solicitud de divorcio ante una autoridad notarial de acuerdo con los foros del RB II ter sea posible en determinados EEMM y no en otros, según que dicha autoridad pueda quedar comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” de este texto europeo. De forma paralela queda afectada la determinación de la Ley aplicable, ya que, aun siendo operativo a estos efectos el RR III, las particularidades de cada reglamentación estatal inciden en la diversidad de sus resultados, como se ha podido comprobar en este estudio cuando, en particular, la solicitud de divorcio se plantea ante las autoridades notariales españolas. Pero también la diversidad y con ella, la complejidad de la aplicación del sistema por los operadores jurídicos se constata a los efectos del reconocimiento de las decisiones. De manera coherente con la amplitud del concepto de “órgano jurisdiccional” que recoge el RB II ter, introduce en su art. 2 una importante distinción entre “resolución”, “documento público” y “acuerdo”, cuya transcendencia se muestra por sus efectos, al ser la causa de los distintos sistemas que incorpora para la reglamentación del reconocimiento. En este sentido también incide la clarificación del Cdo. 14 cuando expresamente excluye a los acuerdos “meramente” privados de la aplicación del régimen del reconocimiento del Reglamento. No pueden beneficiarse del sistema de libre circulación que recoge los acuerdos en los que la función que desempeña la autoridad que lo pronuncia no es equivalente a la realizada por las autoridades judiciales. En este caso, el reconocimiento de la decisión se rige por el sistema propio del ordenamiento del Estado requerido, sea el convencional, de existir y siempre que en su ámbito queden comprendidas estas decisiones, o bien el interno. Por el contrario señala que se benefician de la libre circulación los acuerdos “que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo”, entre las que “pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal”. Realmente, la complejidad caracteriza el resultado. Frente a lo que ocurre en el caso del divorcio judicial, no todos los divorcios acordados por la autoridad notarial de un Estado miembro puedan acogerse a la libre circulación de acuerdo con el Derecho de la UE. La indudable transcendencia de la novedad que introduce la Sección 4 del Capítulo IV, referida al reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos sobre separación y divorcio, no puede ocultar su repercusión en la dificultad que, para los operadores jurídicos, supone esta proliferación de reglas y procedimientos.

BIBLIOGRAFÍA

- Antón Juárez, I.: “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 noviembre 2021, C-289/10, IB c.FA”, *CDT*, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 578–590.
- Añoveros Terradas, B.: “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas” en M. Guzmán Zapater, C. Esplugues Mota (dirs.), M. Herranz Ballesteros, M. Vargas Gómez Urrutia (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.241–272.
- Calvo Caravaca, A.L.: Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 18 ed., 2018.
- Carrascosa González, J.: “Divorcio internacional y actividad notarial”, *Familia y sucesiones: Cuaderno jurídico*, nº 124, 2018, pp. 15–28.
- Carrillo Pozo, L.F.: “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: Auto de la AP de Alicante (sección 4) nº 331/2020 de 22 de diciembre”, *CDT*, vol. 14, nº 1, pp. 673–683.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado” *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147–197.
- Diago Diago, M. P.: “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2017, pp. 1–4.
- Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 10ª ed, 2018.
- González Beilffus, C.: “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en E. Pérez Vera, J.C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez, M. Guzmán Peces (Eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347–363.
- : “Highlights on the Brussels II ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) Nº 2019/1111?”, *YPIL*, vol. 22, 2020/2021, pp. 95–116.
- Herranz Ballesteros, M.: “El Reglamento (UE) 2019/1111 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): Principales novedades”, *REDI*, vol. 73, nº 2, 2021, pp. 229–260.
- Jiménez Blanco, P.: “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 121–162.
- : *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) Nº 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Marchal Escalona, N.: “El tratamiento de la plurinacionalidad en el Divorcio no judicial”, en M. Moya Escudero (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 450–512.
- : “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 460–492.
- Maseda Rodríguez, J.: “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria, *REEI*, nº 38, 2019, pp. 1–80.

- : “Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 25 noviembre 2021 (asunto C-289/20:IB)”, *La Ley. Unión Europea*, nº 101, 2022, pp. 1–28.
- 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. 71, nº 1, 2019, pp. 89–117.
- Paz-Ares Rodríguez, I.: “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea (estudio normativo y jurisprudencial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 119–239.
- Pérez Hereza, J.: “Divorcio notarial: problemas prácticos”, *El Notario del siglo XXI*, nº 100, 2021 [<https://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7657-divorcio-notarial-problemas-practicos>].
- Pérez Martín, L.A.: “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios estados, solo hay una residencia habitual”, *CDT*, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 422–443.
- Quinzá Redondo, P.: “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *RGDE*, nº 41, 2017, pp. 180–222.
- Requejo Isidro, M.: “El art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 650/2012: Autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *REEI*, nº 39, 2020, pp. 1–26.
- Rodríguez Benot, A.: “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 8–50.
- : “La armonización del Régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011”, en Esplugues Mota, C., Palao Moreno G. (eds.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–571.
- Rueda Valdivia, R.: “Plurinacionalidad y Régimen Económico matrimonial en Derecho Internacional privado español” en Moya Escudero M. (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 334–401.
- Sánchez Jiménez M.A.: “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el art. 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Bitácora Millenium DIPr.*, nº 12, 2020, pp. 17–34.
- Shúilleabháin, M.: “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 22, 2020/2021, pp. 117–137.
- Vargas Gómez-Urrutia, M.: “Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007”, en Guzmán M., Herranz, M. (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 415–442.

Varia

Recibida: 21 julio 2022
Aceptada: 15 septiembre 2022

Litigios sobre responsabilidad parental: algunas notas sobre la coherencia e integridad de la disciplina *.

Luis F. CARRILLO POZO **

SUMARIO: I. Preliminar. II. El necesario encaje de las normas de fuente internacional y de la normativa procesal interna. III. Pluralidad de fuentes y de regímenes para una materia compleja (vicisitudes de la norma general de competencia judicial internacional). IV. Sigue: La (im)posible concentración de los litigios en el foro del divorcio. V. La pérdida de la visión de conjunto en la eficacia transfronteriza de resoluciones (el peligro de los intersticios). VI. La confianza recíproca, los formularios y la consagración de las particularidades nacionales (la unificación comprometida). 1. La audiencia al menor. 2. La expedición del certificado de resolución con eficacia privilegiada. VII. Final.

RESUMEN: En el sector de la responsabilidad parental existen varias claves de pérdida de coherencia en la reglamentación: ha sido desde siempre objeto de atención desde varias instancias, lo que ha generado una pluralidad de fuentes de regulación que conviene deslindar, conviviendo normas que no siempre son coincidentes en sus soluciones; existe además el problema añadido de que es un tema que no suele aparecer aislado (más bien suele ser una de las cuestiones que se dilucidan en un proceso de divorcio), y eso concita de nuevo la irrupción de tantos reglamentos como problemas; se pierde la unidad cuando dentro de un mismo texto legal se articulan vías heterogéneas de eficacia extraterritorial de resoluciones; por último, la confianza recíproca en el seno de la UE ha desarmado a los Estados frente a decisiones procedentes de otro EM que pueden desconocer de raíz postulados esenciales del foro.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO BRUSELAS II TER, CONVENIO DE LA HAYA DE 1996, RESPONSABILIDAD PARENTAL, PROCESOS DE FAMILIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS.

Litigation on parental responsibility: some notes on the coherence and integrity of discipline

ABSTRACT: In the field of parental responsibility there are several keys of the loss of consistency in legal discipline: It has always been the object of attention from several instances, which has generated a plurality of sources of regulation that should be demarcated, coexisting rules that are not always

* 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”. Mi agradecimiento a la profesora M. Guzmán Zapater por la ayuda recibida.

Se reproduce en lo esencial la ponencia presentada en el III Foro europeo de Derecho internacional privado celebrado en la Universidad de Alcalá de Henares los días 13 y 14 octubre 2022.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Almería.

coincident in their solutions; there is also the added problem that this is a topic that does not usually appear in isolation (rather, it is usually one of the issues that are decided in a divorce process), and that again causes the irruption of as many regulations as problems; unity is lost when, within the same legal text, heterogeneous ways of extraterritorial effectiveness of resolutions are articulated; finally, mutual trust within the EU has disarmed states in front of decisions from another MS when it could be case of decisions ignoring the essential postulates of the forum.

KEYWORDS: BRUSSELS II TER REGULATION, 1996 HAGUE CONVENTION, PARENTAL RESPONSABILITY, FAMILY PROCEEDINGS, RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DECISIONS.

I. PRELIMINAR

1. El sustrato humano condiciona el desarrollo de los procesos. Es difícil encontrar fuera de la responsabilidad parental otro sector del Derecho privado en el que las exigencias de certeza y expeditividad sean tan intensas, y será igualmente arduo articular procedimientos de ejecución de obligaciones personalísimas como las que aquí se afrontan que no comprometan la eficacia de las resoluciones. La necesidad sentida de trabajar en pos de los intereses de los menores ha llevado a que varias instancias de cooperación internacional hayan querido dejar su impronta, lo que sumado a una estrategia estatal poco meditada de ratificaciones genera una acumulación de fuentes normativas inexistente en el resto, marcado todo además por la complejidad de un tipo de controversias en el que se involucran cuestiones matrimoniales, patrimoniales y parentales. Aun no siendo lo más difícil del Derecho internacional privado, en definitiva, es poco dudoso que el sector reclama *finezza*.

2. El presente escrito se centra en algunas cuestiones que surgen en los litigios sobre responsabilidad parental. El tema es inabarcable en unos pocos folios; sería absurdo pretender una presentación de conjunto. En consecuencia, me centraré en la contemplación del proceso de familia como un conjunto en el que se ventilan diversas, específicas controversias: cuando el juez está en condiciones de divisar el conjunto del entramado puede ofrecer una respuesta totalizadora y coherente. Así ocurre en los procesos internos. Resulta empero que esto no es siempre posible, por falta de competencia judicial internacional; otro tanto sucede cuando se diseña un régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones sobre el mismo tema que fluye a dos velocidades; en tercer lugar –ya en una dimensión diferente– apuntaré a la imposibilidad de mantener la coherencia interna cuando en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras se desarma al juez del foro de instrumentos de control, en un ejercicio de voluntarismo que roza lo caprichoso¹.

¹ Nadie escribe en el vacío. El punto de partida del presente trabajo es mi monografía *La responsabilidad parental. Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, 2021. Sobre

Centraré la mirada en el reglamento Bruselas II ter², más que nada por su carácter relativamente novedoso y porque, en razón del foro de competencia básico retenido, está llamado a constituirse en el núcleo esencial del sistema.

II. EL NECESARIO ENCAJE DE LAS NORMAS DE FUENTE INTERNACIONAL Y DE LA NORMATIVA PROCESAL INTERNA

3. Afirmo el considerando segundo del RB II ter que “el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos”. Sí y no³. Las normas de la UE llegan hasta donde pueden, esto es, a los litigios con implicaciones transfronterizas. Desde este punto de vista, aceptaremos sin grandes objeciones que, ya que la creación de normas de competencia, reconocimiento y ejecución uniformes contribuye a diseñar la estructura básica compartida del edificio procesal europeo, desaparecen las distorsiones (léase incertidumbres) que en el plano de lo fundamental puedan derivarse de las disparidades legales; pero no es menos cierto que no se pretende (*rectius*, no se puede) interferir en la autonomía procesal de los Estados, que mantienen plena soberanía para regular como gusten los procedimientos (siempre que no sufran menoscabo los principios de equivalencia y efectividad, principios cuya influencia marca el límite máximo de esa autonomía)⁴, con la consiguiente merma en la armonía interna (a), y que existe un entramado previo de regulaciones que la UE no puede suprimir de un plumazo (b):

a) La UE ha entrado –o al menos condicionado– decisivamente en unos pocos elementos clave del proceso civil nacional, definiendo algunos mínimos comunes insoslayables (plazos, recursos, documentación,...), que conviven con las reglas nacionales: si se compara con los convenios de la Conferencia de La Haya o los

este tema se ha escrito muchísimo. Existen bastantes estudios dedicados a la exposición de precedentes históricos y jurisprudenciales (v.gr., el muy notable de J.M. Forcada Miranda, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020) a los que me remito. Pues bien, en un esfuerzo de contención he preferido reducir la bibliografía a la imprescindible que apoya el discurso, sin las alharacas usuales. Para ulteriores referencias, permítaseme remitir a las recogidas en ese libro. Con idéntica finalidad de no sobrecargar el texto he optado por no reproducir el texto de las normas reglamentarias citadas, siendo como son de muy fácil acceso. Confío en la indulgencia del lector.

² Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio 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.

³ No vale la pena subrayar la cruel contradicción que supone haber aseverado en el ámbito de la ley aplicable a los contratos que flexibilidad y seguridad jurídica son términos que casan mal, y sin embargo yuxtaponerlos aquí sin matices.

⁴ Cf. F. Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 12.

bilaterales suscritos por España, tan *epidérmicos* en ese sentido, se constata la intensidad del impacto derivado del tránsito desde una estricta yuxtaposición a la mixtura. Pero más allá de esto, por mucho que queramos, ni es igual litigar contra un sujeto domiciliado en el extranjero ni las resoluciones procedentes de un tribunal de un EM son iguales a las del foro; y, como no es lo mismo y el Reglamento no puede disciplinarlo todo, hay que dar respuesta a unas necesidades especiales, lo que cada legislador nacional afronta como mejor le parece, sea elaborando normas detalladas al estilo alemán o francés, sea no haciendo nada y confiando en la suficiencia de las reglas procedimentales, sea una fórmula intermedia –como entre nosotros se ha hecho en las disposiciones finales de la LEC–, regulando sólo algunos temas concretos para tratar de facilitar la aplicación de los reglamentos. Lo que queda claro es que la uniformidad absoluta (léase seguridad jurídica plena) no existe en un texto dependiente de las interpretaciones judiciales domésticas (un buen ejemplo lo hallamos en el manido problema del concepto de residencia habitual del menor o la puesta en juego de procedimientos de cooperación a expensas de la constatación de la concurrencia de un evanescente “interés del menor”) y necesitado de los ordenamientos nacionales para ponerse en funcionamiento⁵, y que si no encajan bien las piezas se generan riesgos de incertidumbre, lo que en procesal y en temas de menores resulta especialmente inconveniente (piénsese por ejemplo en los pesados mecanismos internos para la transferencia del conocimiento de un asunto, que terminan por convertirlo casi en un éxodo por desiertos minados; o los plazos reglamentarios para la restitución del menor en caso de sustracción, irreales con las leyes riturias nacionales en la mano; o el desajuste de los criterios de competencia territorial cuando se trate de modificar en España el régimen de visitas decretado por un tribunal extranjero). Por eso decía que, paradójicamente, el mecanismo aplicativo tal vez sea más sencillo cuando se aplican los convenios, donde todo es diáfano, porque al desentenderse de la disciplina procesal, dejan subsistir a la interna sin interferencias ni necesidad de articular y combinar⁶. Por lo demás, no se puede traspasar los límites: que no es necesario⁷ armonizar los sistemas procesales nacionales para asegurar la circulación de resoluciones en la materia lo demuestra el dato de que, si hubieran existido problemas derivados de la heterogeneidad, la excepción de orden público habría funcionado con profusión en la aplicación del

⁵ Temas como la necesidad o no de abogado, la competencia respecto de menores no acompañados, la autoridad encargada de la emisión de formularios, la disciplina de la audiencia del menor, la identificación de las resoluciones que se benefician de la ejecución provisional... dependen de los sistemas procesales internos.

⁶ No creo que sea necesario insistir en que en este tema lo transcendental es la selección del órgano judicial competente, desde el momento en que en condiciones normales va a aplicar su propio Derecho (en particular, arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya de 1996).

⁷ Más aún: La unificación no es constitucionalmente posible, por exigencias del principio de subsidiariedad.

RB II bis, lo que no es el caso. Bastan unas normas mínimas⁸.

Retengamos de todas formas ese dato apenas apuntado: el legislador español ha sido consciente de que las reglas contenidas en las disposiciones de fuente europea no son autosuficientes, y la respuesta ha sido regular específicamente algunos detalles, pero más que nada dejando cosas sin resolver, en la certeza de que las soluciones de la ley rituarial tienen que servir para ofrecer respuestas idóneas, atentas a la extranjería y respetuosas de los derechos de las partes. No es admisible por ello el reproche usual de que se han dejado lagunas por desidia o desconocimiento: por supuesto que se conoce el terreno, y el mensaje que se lanza es que basta con la vigente ley procesal, interpretada con suficiente flexibilidad a la luz y al servicio de los principios inspiradores⁹.

b) Todos los países de la UE han ratificado el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, pieza clave en materia de protección de menores que, a diferencia del resto de convenios que inciden en ella, contiene normativa propia de Derecho procesal civil internacional. El respeto de los compromisos adquiridos y el carácter dinámico de las relaciones supondrá la vigencia simultánea de ambos y la necesidad de articular mecanismos de preferencia (pasarelas) cuando entren en contacto. Sobre este tema volveré en seguida.

4. El sistema se construye a partir del núcleo de valores de este sector del Derecho, compartidos –va de suyo– con el resto del ordenamiento, que incorporan mandatos idóneos de interpretación y de construcción. Los principios básicos vienen dados por las declaraciones de derechos (arts. 39 y 10.2º CE y 3.3º TUE, art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 20 noviembre 1989, art. 24 de la Carta de derechos fundamentales de la UE), sintetizables en la primacía del interés del menor, principio multiusos concretado en nuestro caso por la jurisprudencia del TC, cuya doctrina generada en sucesivos recursos de amparo –generosamente vinculante, art. 5 LOPJ¹⁰– queda muy bien

⁸ La autonomía procesal de los Estados no está al servicio de una quimera llamada competencia entre sistemas. En un modelo caracterizado por la ausencia de alternatividad de los foros hablar de competencia entre ordenamientos es absurdo, por supuesto. Si algo debe inspirar a ese legislador es la promoción de los derechos procesales al servicio del interés del menor.

⁹ Otro tema es que la ejecución en los procesos de familia esté bien regulada en la LEC, porque está pensada básicamente para cuestiones económicas y no tanto para cuestiones familiares: Cf. P. Alejándrez Peña, “Problemática práctica ante la ejecución de las separaciones o divorcios notariales”, *Revista de Derecho de Familia*, 2020, 86, pp. 375–396. Las normas sobre ejecución del art. 776 LEC son un auténtico tiro en el pie de la familia, al detraer fondos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas: Cf. P. Moya Donate, “La ejecución de resoluciones procesales de familia en las que aparecen afectados los menores. Especialidades procesales”, en *Sepin Familia y Sucesiones*, septiembre 2020 (SP/DOCT/106605), p. 5.

¹⁰ A. Garrorena Morales, “Comentario al art. 164 CE”, en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, 1999, pp. 377–378.

resumida en la STC 178/2020, de 14 de diciembre, importante porque ofrece directrices de alcance también procesal: En lo que aquí nos afecta, la necesidad de valorar caso por caso ese interés, sin argumentaciones estereotipadas; que se explicita cómo ha operado; la huida del formalismo; la exclusión de la preclusión; la ampliación de la posibilidad de realizar alegaciones; la ausencia de vinculación a las pretensiones de las partes; el activismo judicial. Dicho en clave internacional privatística, debe conducir al menos a dos cosas, a saber, desbordar los cauces procesales si es la única forma de atender al interés superior y excluir las decisiones extranjeras que no satisfagan y/o hagan elocuente el standard mínimo.

III. PLURALIDAD DE FUENTES Y DE RÉGIMENES (VICISITUDES DE LA NORMA GENERAL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL)

5. Es sabido que las más de las veces los problemas relativos a la responsabilidad parental surgen a propósito de un divorcio, y que en ese entorno se discute sobre el vínculo matrimonial, el patrimonio de la familia, el uso de la vivienda familiar, los alimentos y las relaciones con los hijos, y por consiguiente entran en juego un haz de instrumentos normativos gestados en épocas y foros diferentes. No me interesa ahora detenerme en el lamento habitual en torno a la difícil individualización de las fuentes reguladoras –que no es tal desde el momento en que los respectivos ámbitos de aplicación de cada una están bien delimitados, existen pasarelas tipo art. 97 RB II ter y en el seno de la UE los diversos instrumentos se complementan muy bien– cuanto poner de relieve el riesgo de quiebra de la coherencia cuya puesta en funcionamiento puede desencadenar¹¹.

6. En situaciones de crisis matrimonial se trata de organizar la vida familiar de cara al futuro, y ahí es cuando las partes –o los jueces en su defecto– llegan a soluciones donde los equilibrios se alcanzan merced a acuerdos recíprocamente condicionados: Al margen de lo estrictamente conyugal, el régimen de visitas tiene mucho que ver con la asignación de la guarda y custodia, y esta con los alimentos, por ejemplo. Lo deseable es que el conjunto sea tratado como un paquete, sin segmentarlo¹². Mas la perspectiva unitaria puede quedar comprometida por la intervención de diferentes regímenes normativos, algunos coexistentes incluso dentro del mismo reglamento. El eje de todo el sistema internacional privatístico –en materia de responsabilidad parental y en sectores vecinos– es la residencia habitual del menor (como regla generalísima, recuérdese,

¹¹ Imprescindible en el tema de las fuentes, F. Garau Sobrino, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, p. 289.

¹² En el documento preliminar nº 2 del Council on General Affairs and Policy de la Conferencia de La Haya, marzo 2020, se insistía en la necesidad, entre otras cosas, de profundizar en la autonomía y en la mediación y de facilitar las tareas mediante la centralización de funciones judiciales.

son los tribunales competentes, y los jueces aplican su propio Derecho). Pero cuando los tribunales de la residencia dejan de ser competentes o hay varios que se postulan, por ejemplo, empiezan las dudas. Destacaré dos cuestiones:

a) Cuando la competencia general deja de serlo: el RB II ter y el CLH 1996 conviven sin demasiadas estridencias, gracias a la delimitación basada en la residencia del menor y la prevalencia del Convenio en los casos que no sean puramente intra-UE, como sanciona el art. 97 del texto reglamentario. Sin embargo, no todo es tan neto, porque un tribunal europeo puede conocer de un litigio relativo a un menor que no reside en el territorio del foro, y el art. 97 no ha considerado la hipótesis del art. 55 CLH 96, que prevé que cualquier Estado contratante pueda, conforme al art. 60, “a) reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio; b) reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes”. Igualmente se prevé que la reserva pueda restringirse a determinadas categorías de bienes. Bastantes Estados –España entre ellos– la ha formulado¹³. Lo fácil: si el niño vive en un EM y tiene bienes en un EM reservatorio, no se produce restricción alguna de la competencia, porque el reglamento prevalece y desplaza el juego del art. 55 CLH. Lo mismo vale si por cualquier otro foro distinto a la residencia (casos de transferencia o de elección, por ejemplo) los tribunales de un EM son competentes, claro. Las distorsiones: cuando el niño viva en un Estado parte del Convenio del 1996 de los que han formulado la reserva (pero que no sea EM) o cuando, siendo competente un tribunal de un EM, los bienes se encuentren en alguno de esos Estados, asistiremos a la restricción en el alcance de la competencia judicial (con la consiguiente imperativa multiplicación de los foros si se quiere dar una respuesta exhaustiva al litigio) o a la emanación de una decisión previsiblemente claudicante: i) Si el niño tiene su residencia habitual en España (o los tribunales españoles son competentes), no hay un solo dato normativo que impida a nuestros jueces adoptar medidas relativas a sus bienes estén donde estén, porque la competencia atribuida por las normas del RB II ter es general (insisto: ninguno de los apartados del art. 97 plantea la hipótesis regulada en el art. 55 CLH, y no se restringe la competencia judicial; pensar que el art. 52.3º CLH¹⁴ implica siempre y en todo caso la prevalencia de sus soluciones reduce a la inanidad el papel del mentado art. 97 RB II ter); ii) Ahora bien, por

¹³ De entre los países de fuera de la UE, Albania, Montenegro, Turquía, Rusia, Fidji, SeRB Ia, Armenia y Ucrania –en relación sólo con los bienes inmuebles– han formulado idéntica reserva. Nicaragua lo hizo fuera de plazo, generándose la situación patológica de que, mientras que el depositario del convenio acepta la reserva, los Estados de la UE no lo hacen, con lo que se supone que sus jueces actuarán como si no existiera, pero por puro pragmatismo conviene no ignorar las consecuencias perjudiciales para los privados.

¹⁴ Recuérdese su tenor: “Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes”.

mucho que la norma atribuya competencia general, no es seguro que luego sean reconocidas sus decisiones; lo malo es que no existe instrumento procesal alguno en virtud del cual, cuando en tales circunstancias se suscite un litigio en España, puedan nuestros tribunales dejar de pronunciarse respecto a unos bienes situados en el extranjero. Piénsese en el caso de un menor con residencia habitual en España y es propietario de bienes inmuebles en Ucrania, o el del niño que haya heredado acciones cotizadas en la bolsa de Estambul: Alegar la existencia de una reserva en aquellos sistemas no sirve para nada, por mucho que lo lógico sería que el juez español pudiera abstenerse de conocer parcialmente. Es exactamente lo mismo que ocurre a propósito del art. 12 del reglamento sobre sucesiones. Lo único parecido que tenemos es el control de oficio de la competencia de los arts. 36–38 LEC, cuya utilidad es dudosa desde el momento que en aplicación de la regla del art. 97 RB II ter los tribunales españoles deben aplicar los foros reglamentarios, y en virtud de ellos sí que tienen competencia. Las reglas acuñadas por el TC a las que aludí más arriba deberían conducir a la acomodación de ambas series de normas (usando a tal fin las precitadas disposiciones de la LEC), pero –en ausencia de una intervención del legislador– el coste es la incertidumbre; iii) En la situación inversa (bienes en España, residencia en un Estado parte del Convenio), asumiendo que los tribunales competentes para el fondo respeten la reserva formulada, se está forzando a dividir el litigio y a reiterarlo (en esa parte) ante nuestros tribunales (convirtiendo al art. 55 en foro de competencia, ya que no hay otra clave convencional habilitante), en unas circunstancias, por otra parte, en las que con frecuencia asistiremos a situaciones de prejudicialidad civil. Si tanta complejidad encaja con el interés del menor es discutible.

Va de suyo, por lo demás, que: i) los bienes afectados pueden ser trasladados¹⁵ por sus actuales representantes legales, en las condiciones fijadas por la ley reguladora de la medida de protección y ajustándose a las restricciones a la salida de los bienes fijadas por la *lex rei sitae*; ii) esta es una de las hipótesis en las que podría activarse el mecanismo de transferencia de la competencia de los arts. 8 y 9 CLH1996, no argumentando en base a la reserva sino con la cobertura del ap. 2.b del art. 8 del Convenio (presencia de bienes en el Estado al que se desea trasladar el conocimiento del asunto). Otra cosa es que se trate de un mecanismo generador de dilaciones y costes¹⁶.

b) Más sobre competencia: El cambio de residencia del menor una vez iniciado el procedimiento y la *perpetuatio iurisdictionis*¹⁷: el RB II ter no habla

¹⁵ O alterada su naturaleza: Por ejemplo, los inmuebles pueden ser aportados a una sociedad (domiciliada en un Estado que no prevea restricciones) cuyo objeto sea su explotación.

¹⁶ No hace falta decir que cuando se aplica la LOPJ no surge problema alguno relativo a la previsión de un eventual no reconocimiento de decisiones, ni cabe la transferencia del conocimiento ni el control de oficio.

¹⁷ Advuértase que no se alude aquí al cambio de residencia habitual del menor posterior a la emanación de una sentencia que se pronuncie sobre responsabilidad parental, que es a lo que alude el

de perpetuación de la competencia de forma explícita, pero el art. 7 se fija en el instante en que se acuda al órgano judicial, y el 12.4.º prevé la posibilidad de remitir el conocimiento del asunto a otro Estado cuando se haya convertido en nueva residencia habitual del menor, con lo que está meridianamente claro que cambio de residencia no significa pérdida de competencia judicial¹⁸. Concurren aquí elementos de seguridad jurídica y de ahorro (se consigue limitar un eventual debate sobre el concepto de residencia habitual al momento de inicio del proceso, porque lo que ocurra después no es relevante¹⁹), reduciendo el riesgo de comportamientos estratégicos^{20, 21}. Es, por lo demás, la solución de nuestra legislación autónoma. Pero el CLH 1996, aun sin decirlo explícitamente, llega a la solución contraria, no tanto en el articulado (no parece que el art. 5.2 se refiera a alteraciones en el curso del procedimiento, siendo una norma idéntica a la existente en otros convenios, atenta a la realidad de la persona en el momento de iniciarse el litigio) cuanto en los trabajos preparatorios: en el informe oficial se recuerda que conscientemente se huyó de consagrar la perpetuación de la competencia²², y la misma idea aparece en el Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, elaborado por la propia Conferencia de La Haya en 2014²³. No obstante, en el marco convencional la regla del cambio automático de tribunal competente funciona sólo en el caso de desplazamientos entre Estados

art. 8 RB II ter (norma sin parangón en el CLH). Que sea el tribunal competente para el divorcio el que conserve competencia para el reajuste es lógico, si bien las condiciones a las que se somete su entrada en juego (plazo en particular) lo convierten casi en papel mojado.

¹⁸ De hecho, se propuso abandonar esta fórmula y adoptar el modelo del Convenio, lo que fue excluido: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 enero 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)). Su texto en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0017_ES.html].

¹⁹ Por ejemplo, véase la sentencia del TS alemán de 17 octubre 2007: se demandaba a unos padres que por motivos religiosos no querían llevar a sus hijos a un colegio, habiendo optado por educarlos en casa. Interpuesta la demanda e iniciado el proceso, se marchan a Austria. Los tribunales alemanes siguen considerando Alemania como lugar de residencia habitual de los niños en los términos del art. 8 RB II bis, porque allí estaba aún su centro de vida.

²⁰ Cada vez que se tenga el temor de recibir una sentencia desfavorable, el incentivo es trasladar la residencia y presentar una nueva demanda ante los tribunales del nuevo domicilio: Se gana tiempo y se cambia la ley aplicable.

²¹ Al respecto, B. Campuzano Díaz, “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental”, *CDT*, 2020, p. 110.

²² Cuenta Paul Lagarde que “La Conferencia rechazó por una fuerte mayoría una propuesta de las delegaciones australiana, irlandesa británica y americana favorable a la *perpetuatio fori*. Algunas delegaciones motivaron su voto negativo por su hostilidad al mismo principio de la *perpetuatio fori* en la materia y por el deseo de que la competencia cambie automáticamente en caso de cambio de residencia habitual”.

²³ En p. 41. Por si quedara alguna duda, se sugiere además una posible solución para aquellas hipótesis en las que el tribunal mejor colocado para resolver es el de la primitiva residencia habitual, a saber, la transferencia de la competencia del art. 8.

parte (se supone que hay cierta fungibilidad entre servicios jurisdiccionales en un entorno de cooperación), y si el desplazamiento se produce hacia un Estado no parte el art. 5 deja de ser aplicable, de modo que aquel que estuviera primeramente conociendo del caso puede seguir haciéndolo si se lo permite su sistema procesal, pero sin obligación de los otros Estados contratantes de reconocer las medidas que adopte este primer tribunal²⁴.

El caso es que, por mucho que las líneas de demarcación entre instrumentos legales sean claras, cuando hay transferencias sobrevenidas de la residencia surgen incertidumbres derivadas del choque de soluciones, anudándose consecuencias distintas (recuérdese el art. 15 CLH sobre ley aplicable) a comportamientos materialmente idénticos. Caben, pues, las siguientes situaciones²⁵:

a) El imperio de la *perpetuatio iurisdictionis*: cuando se cambie la residencia habitual desde un EM a otro EM (vinculados ambos por el Reglamento), el tribunal que estuviera conociendo no va a dejar de hacerlo. Sin perjuicio de la activación del mecanismo de transferencia de la competencia de los arts. 12 y 13, cuando un menor se traslade a nuestro país no por ello podrá un tribunal español considerarse competente (por ejemplo, STS 17 febrero 2021, traslado desde España a Francia, el tribunal español sigue conociendo). No deja de existir aquí una cierta dosis de contradicción con el foro usado como base, y no se entiende por qué en estos casos no es posible trasladar el expediente con razonable celeridad y sin embargo sí lo es en los mencionados supuestos de transferencia.

Es esta la misma solución que se adoptaría en caso de traslado desde España a un Estado tercero, ámbito en el que el art. 22 octies ap. 2 LOPJ sanciona que el tribunal español no deje de conocer del litigio, sea cual sea la decisión que adopte el tribunal del Estado de destino y que puedan generarse situaciones de litispendencia, sin solución desde nuestro foro.

²⁴ Informe Lagarde, p. 25. Sería éste el caso español (art. 22 octies párrafo 2 LOPJ).

Téngase en cuenta además que el art. 14 del Convenio de 1996 introduce un elemento de estabilidad y seguridad jurídica, al garantizar el mantenimiento de las medidas adoptadas al amparo de los arts. 5 al 10 maguer cambien las circunstancias de hecho (en la normalidad de los casos lo que cambiará será la residencia habitual del menor).

²⁵ El cambio de residencia que se verifique durante el tiempo que transcurre entre la sentencia de primera instancia y la apelación no debe tener transcendencia *per se*. Las decisiones conservan su validez y eficacia y no puede cambiar la jurisdicción entre una instancia y otra, sin perjuicio de que puedan ser modificadas por el tribunal actualmente competente: M. Andrae, “Noch einmal: Zur internationalen Zuständigkeit bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat des KSÜ (OLG Frankfurt, 5.11.2019)”, *IPrax*, 2021, 2. Ahora bien, si lo que se discutía en primera instancia era la residencia habitual del menor (o la competencia en general), en el marco convencional no pueden no ser tomadas en cuenta las nuevas circunstancias de hecho, con la consiguiente anulación de la decisión que en su caso hubiera asumido competencia.

b) Una zona de riesgo: la transferencia de la residencia desde un EM a un Estado parte del Convenio es un supuesto cubierto por el art. 97 RB II ter, que tiene el mérito de delimitar ámbitos de aplicación de modo tajante, de manera que las reglas de competencia serían en principio sólo las del RB II ter. Sin embargo, el art. 52 CLH advierte en su ap. 3 que los acuerdos regionales no pueden menoscabar la eficacia de las soluciones convencionales, lo que ha llevado al TJ a sancionar la prevalencia del art. 5.2º CLH y por ello la pérdida de competencia del primer tribunal en supuestos como este²⁶. Ahora bien, mientras no exista una definición compartida de residencia habitual del menor no vamos a eliminar el riesgo de desajustes: si el juez del EM no reconoce que se ha producido un traslado legal (y nada en el texto convencional le exige reconocerlo), estamos abocados a una situación de litispendencia del art. 13 del Convenio 1996, reclamado por el mencionado art. 97 RB II ter²⁷. El problema es que ese art. 13 habla de tribunales competentes *ex arts.* 5 al 10 del Convenio, de forma que entramos en el mundo de las asimetrías, y de la misma manera que podemos imaginar cuál sería la respuesta de un juez de un EM, nada garantiza que en una hipótesis como la descrita el juez reclamado en segundo lugar se sienta vinculado por la norma de prioridad temporal que incorpora²⁸.

Una segunda zona de riesgo existe en casos de transferencia desde un Estado tercero a España, porque, tratándose de un entorno no cooperativo, la competencia del tribunal español se sujeta exclusivamente a la LOPJ, de forma que si se presenta una nueva demanda en España no habrá manera de eludir su conocimiento, quedando a salvo el recurso a la fórmula discrecional del art. 39 LCJL.

²⁶ STJ 14 julio 2022, asunto C-572/21. Atendiendo a argumentos criticables desde el punto de vista del interés del menor pero irreprochables cuando nos colocamos en el plano del respeto de los compromisos internacionales previamente asumidos (art. 52.3 CLH), descarta el juego del foro de la residencia habitual cuando, en el curso de un proceso, se produzcan cambios de residencia desde un EM a un Estado parte del CLH. El tema no cabe en este artículo, claro. Al respecto puede revisarse el comentario al art. 8 RB II bis de A. Borrás en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on private international law*, vol. IV, *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, 2017, pp. 114 ss. Permítaseme por lo demás reenviar a mi comentario de la sentencia en CDT.

La *Cour de Cassation* en sentencia de 30 septiembre 2020 había llegado a la misma solución en el caso de un niño que en el curso de un proceso de divorcio se transfiere desde Francia a Suiza. Tanto en primera instancia como en apelación se mantiene la competencia del foro francés, pero en casación el tribunal se apoya en la legalidad del traslado y en la realidad de cuál es el lugar en el que vive el menor para llegar a la conclusión contraria. Si no es por el juego del citado art. 52 CLH, que no comparece en la sentencia francesa, ese resultado es difícilmente aceptable.

²⁷ Era necesario salvar expresamente la norma, porque el art. 13 del Convenio de 1996 parte de la base de que dos tribunales sean simultáneamente competentes de acuerdo con las disposiciones convencionales, y en nuestro caso las reglas del reglamento prevalecen.

²⁸ Advuértase que el cdo. 92 del Reglamento hace una corrección de la remisión a las normas del capítulo II del Convenio a los solos efectos de la ley aplicable, dejando en el aire el juego de la norma sobre litispendencia.

c) Pérdida de la competencia (no automática): cuando el traslado se realice desde un Estado parte del Convenio a un EM, es de suponer que el tribunal que estuviera conociendo del caso se abstendrá de conocer tan pronto se le informe de tal vicisitud (si ninguna de las partes tiene interés en hacerlo y prefieren que siga conociendo el mismo órgano, nada debería impedirlo), aplicando la solución del art. 5 CLH 1996. Cómo lo haga depende de su sistema procesal interno. Una vez ese tribunal deje de conocer, el del Estado miembro tiene expedito el campo para asumir la competencia, si se le reclama.

Una segunda hipótesis se dará cuando el traslado sea desde un Estado parte del Convenio a otro Estado parte del Convenio, caso en el que en aplicación del art. 5.º dejará de tener competencia automáticamente, que será asumida por el juez de la nueva residencia, de forma similar a lo visto inmediatamente antes. Si el primero era un tribunal español, la abstención de conocer se puede apreciar y decretar en cualquier momento, según prevé el art. 38 LEC²⁹.

IV. SIGUE: LA (IM)POSIBLE CONCENTRACIÓN DE LOS LITIGIOS EN EL FORO DEL DIVORCIO.

7. Vuelvo al tema de la coherencia de los bloques: Que diversas materias sean objeto de regímenes diferentes es comprensible, en la medida en que su grado de madurez y homogeneidad no es el mismo a nivel europeo, y son productos históricos que recogen el punto en el que se encuentran una y otra. Pero es innegable que la consecuencia de esta velocidad dispar es la mayor complejidad y el riesgo de patologías, porque si bien es previsible (y fácil) que el mismo tribunal pueda conocer del litigio en su conjunto, nada lo garantiza, de la misma manera que nada asegura la eficacia transfronteriza de las decisiones en su integridad³⁰.

8. ¿Conocerán los tribunales del divorcio –recuérdese, litigio típicamente generador de controversias que envuelven a los hijos, elemento potencialmente catalizador– de la responsabilidad parental en todo caso³¹? Un repaso de las bases

²⁹ Va de suyo que recurrir al desistimiento del art. 751º LEC está fuera de lugar, cuando se trata de decisiones ajenas a la cooperación, voluntad y deseo de las partes.

³⁰ El legislador es consciente de ello. Valgan dos ejemplos: la acomodación de la regla sobre competencia judicial internacional en materia de alimentos a los desarrollos procesales nacionales (art. 5.º CB y normas posteriores) y los foros del reglamento 2016/1103, evitando la dispersión en lo posible.

³¹ El discurso se centra en responsabilidad parental, dejando al margen por ello la cuestión de los alimentos. La lectura de la STJ 5 septiembre 2019, asunto C-468/18, ilustra que las controversias sobre responsabilidad parental pueden ser ventiladas sin problema ante un tribunal diferente al de los alimentos, por mucho que sea razonable agrupar ambas pretensiones. Igualmente se deja claro que la agrupación de tales pretensiones (en el caso, divorcio, guarda y custodia, alimentos para menores) no se impone. De todas formas, dada la amplitud de foros previstos en el Reglamento 4/2009, no es difícil –si se desea– acumular alimentos y divorcio (aunque el art. 3.d no es viable si no se tiene competencia

de datos evidencia que, de entre los foros del art. 3 RB II bis, el más usado es el basado en el domicilio común de los cónyuges, y en menor medida el del demandante residente de larga duración o el de la nacionalidad común. Pues bien, si en el primer caso lo normal es que los hijos vivan en ese mismo Estado, no es tanto en los otros. Tampoco es tan extraño en caso de emigrantes que los hijos se hayan quedado a cargo de algún familiar en el país de origen³². Cuando padres e hijos tienen distintas residencias la posibilidad de concentración de competencias no existe en el RB II ter. En este tema no hemos mejorado: Sometida a condiciones discretamente homologables, tanto el art. 12 RB II bis como el art. 10 CLH 1996³³ ofrecía/ofrece cobertura para ello sin necesidad de implicar a las partes en negociaciones o exigencias formales. Con estas disposiciones en la mano, es fácil que un tribunal español competente para el divorcio pueda decidir también sobre la suerte de los menores, y ello con independencia de cuál sea el lugar donde residan éstos (si reside en un Estado parte del Convenio porque lo prevé la norma del art. 10, y si lo hace fuera porque es justamente la hipótesis del art. 12.4º RB II bis, norma ésta elocuentemente favorecedora de la acumulación³⁴). Nada del estilo ha pasado al RB II ter. Si, por ejemplo, nuestros tribunales conocen de una demanda de divorcio de dos emigrantes búlgaros residentes en España que han dejado a sus hijos en Bulgaria a cargo de sus abuelos, no podrán pronunciarse sobre cuestiones relativas a estos últimos, obligando a ventilar sus controversias en una segunda fase (o dejar imprejuizado un tema tan transcendental)³⁵: En la caja de herramientas sólo nos queda el art. 10 RB II ter, útil cuando el menor reside en cualquier otro Estado (miembro, parte, tercero), pero que adolece de algunas carencias, de la que no es detalle nimio el hecho de depender de la concurrente voluntad de dos sujetos en un entorno de conflictividad (sin contar, por supuesto, con la necesidad de unos presupuestos de vinculación más o menos objetivos y del

para la materia responsabilidad parental. Por eso son correctas las resoluciones de la AP criticadas por E. Castellanos Ruiz en “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, en M V. Cuartero Rubio y J.M. Velasco Retamosa (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, 2021, pp. 256–257, donde se afirma que el auto de 4 junio 2019 resuelve lo contrario de lo que falla.

³² *VeRB I gratia*, la emigración venezolana es buen ejemplo: [<https://cecodap.org/abuelos-cuidadores-padres-otra-vez-por-la-migracion/>]

³³ Que, de hecho, recibe en el informe oficial anexo al convenio la elocuente denominación de foro del divorcio.

³⁴ Adviértase que la LOPJ no tiene espacio para intervenir en tema de responsabilidad parental, porque, aunque el menor viviera en un Estado no vinculado, estaría cubierto por el Reglamento.

³⁵ El TJ a propósito del Reglamento 2201/2003 precisa que “un tribunal de un Estado miembro competente para conocer, en virtud del art. 3, ap. 1, letra b), del mismo Reglamento, de una demanda de divorcio entre dos cónyuges que tienen la nacionalidad de dicho Estado miembro no lo es, en cambio, para pronunciarse sobre los derechos de custodia y de visita respecto de un hijo de ambos cónyuges si este reside habitualmente en otro Estado miembro, en el sentido del art. 8, ap. 1, de dicho Reglamento, en el momento en que se presenta la demanda ante aquel tribunal y no se cumplen las condiciones requeridas para conferirle tal competencia en virtud del art. 12 del citado Reglamento...” (auto de 16 enero 2018, Asunto C 604/17, *PM c. AH*). Una solución idéntica en el ATJ de 3 octubre 2019.

filtro general del respeto al interés del menor) y el no atribuir en todo caso competencia exclusiva al tribunal elegido³⁶³⁷. Si aceptamos que ningún dato expresamente abona la idea de que la voluntad (*rectius*, los objetivos) del legislador ha cambiado en este punto, cabe plantearse si es lógico que ese mismo legislador imponga a los litigantes una carga tan pesada, en lugar de mantener reglas que funcionaban razonablemente bien³⁸. En términos de proporcionalidad del coste, el resultado suscita dudas. No estando previsto un *forum necessitatis* ni existiendo en el texto reglamentario el foro de la conexión entre causas, nada permite, en definitiva, que los foros matrimoniales ejerzan vis atractiva³⁹.

9. Pero esto tiene su continuación –su reverso realmente– en el sistema procesal interno. He aquí una fuente de problemas para el juez español: Ocurre como en tema de alimentos y acciones de estado, pero al revés: Nuestra LEC (como las leyes procesales de nuestro entorno) no concibe que el juez del divorcio no se pronuncie sobre los aspectos conexos. Se parte de la base de que hay determinados efectos naturalmente vinculados a la nulidad, separación o divorcio, y por eso el art. 90 Cc, el art. 773 LEC y las disposiciones concordantes no dejan espacio para la posible tramitación separada de las distintas pretensiones⁴⁰: El proceso civil no admite compartimentación, así que el juez que decreta el divorcio tiene que establecer normas sobre el cuidado de los hijos, entre otros temas. Por ello es incomprensible que se presente demanda de divorcio y el actor se reserve la facultad de litigar sobre menores en otra jurisdicción⁴¹, y por ello a veces se implementa una especie de *forum non conveniens* absteniéndose de conocer de la demanda de divorcio porque no se puede conocer

³⁶ Sobre el tema, B. Campuzano Díaz, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 Reglamento (UE) 2019/1111”, *REEI*, 2020.

³⁷ No se pierda de vista que si reside en un tercer Estado y no se llega a acuerdos, lo que entra en juego es el más variado abanico de los foros residuales de origen nacional, ex art. 14.

³⁸ Y ello sin contar con que un acuerdo global puede no ser reconocido en todos los foros, con lo que basta con que exista un litigante oportunista para que quiebre el equilibrio en tema de competencia judicial, y el riesgo de eficacia transfronteriza. Es un lamento recurrente que encuentra eco en los trabajos de la Conferencia de La Haya: “Many parents are reluctant to reach an agreement regarding their child, for example, living in, and travelling between, different countries without first addressing contact or visitation rights”: *Report on the experts’ group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes (from 12 to 14 december 2013) and recommendation for further work*, documento preliminar nº 5 marzo 2014.

³⁹ Se puede aducir que lo más justo, lo que garantiza la mejor solución es que conozca de la responsabilidad parental el tribunal de la residencia habitual de los hijos. Incorrecto. El propio legislador admite que la concentración es mejor, y por eso los artículos citados en el texto la facilitaban, y en la actualidad los arts. 8, 10, 12 y 13 RB II ter admiten la “derogación” de la competencia del mentado tribunal de la residencia. En general, nunca he terminado de ver la ecuación foro general = proximidad = justicia.

⁴⁰ En parecidos términos, el art. 337 ter CC italiano o el art. 919.2 del Código de Enjuiciamiento Civil rumano, por ejemplo.

⁴¹ Es la idea que late en la SAP Salamanca 29 noviembre 2006, que entiende que si la esposa ha demandado el divorcio ante los tribunales españoles luego no puede defender que los tribunales holandeses conozcan de la responsabilidad parental de un niño residente en Holanda desde hacía tres años.

de las cuestiones vinculadas⁴². Pues bien, de la misma manera que el legislador europeo ha acompasado la evolución de los sistemas procesales al sistema de competencia judicial internacional, aquí no se ha actuado con igual diligencia. Asistimos a un verdadero punto de *impasse* en el que, evidentemente, los mecanismos procesales internos no se imponen (la LEC no puede desplazar a los foros de competencia, es claro) pero en el que sin duda la forma española de concebir el proceso de divorcio (léase las inercias judiciales, los principios constitucionales reseñados) va a condicionar la interpretación de las disposiciones reglamentarias o convencionales. Si bien el art. 10 RB II ter no deja mucho margen para elecciones tácitas (probablemente sería el camino idóneo para la consolidación), el penoso camino de la transferencia de la competencia puede ser explorado para alcanzar los fines deseados (y al revés, será impensable la transferencia sobrevenida de la competencia en relación con los hijos una vez iniciado un proceso de divorcio en España). Se podía haber salvaguardado la coherencia del *pack* con bajo coste; se ha optado por el camino difícil⁴³.

V. LA PÉRDIDA DE LA VISIÓN DE CONJUNTO EN LA
EFICACIA TRANSFRONTERIZA DE RESOLUCIONES
(EL PELIGRO DE LOS INTERSTICIOS).

10. Ya se ha avanzado que en relación con los niños se persigue organizar su vida de forma totalizadora. En esa tesitura, los “huecos de disciplina” no satisfacen el principio básico del interés del menor. ¿Podría darse que –por ejemplo– fuera reconocida y ejecutada la parte de la sentencia extranjera relativa a la guarda y custodia y no la relativa a las visitas? ¿Se puede admitir esta pérdida de la unidad de disciplina? No me refiero aquí al tratamiento diferenciado de los diversos temas envueltos en una resolución, sometidos a varios textos reglamentarios, sino a que incluso dentro de un mismo reglamento conviven dos regímenes distintos: En el RB II ter existen, como es sabido, dos sistemas de eficacia transfronteriza, el *standard* (para todas las materias) y el *privilegiado* (para las del art. 42), cuya distancia queda evidenciada incluso en lo formal por el uso de formularios diferentes. Y es igualmente sabido que si en el caso del

⁴² Tomo la atinada comparación de E. Castellanos, “La vis atractiva...”, *loc. cit.*, p. 254. La autora se apoya en particular en el AAP Madrid 4 octubre 2017. En todo caso, no es aceptable ver un cambio de tendencia en la STS 21 noviembre 2017 (pp. 257), más que nada porque no se sabe de qué nueva tendencia se habla, y menos aseverarlo respecto a una sentencia que sólo trata del concepto de residencia habitual, y donde sólo se ventila un asunto conyugal (demanda de divorcio).

⁴³ Dándose además la situación paradójica de que cuando se aplique la LOPJ (residencia del menor en un Estado no miembro de la UE y vinculado por el RB II ter ni parte del Convenio de 1996), en la normalidad de los casos, si los jueces españoles tienen competencia para lo matrimonial también la van a tener para las relaciones paterno filiales (el foro de la residencia o nacionalidad del demandante generalmente concurrirá); por ejemplo, el caso de dos nacionales argelinos residentes en España que han dejado a sus hijos en Argelia a cargo de algún familiar.

primero se admiten excepciones al reconocimiento y ejecución (art. 39), en el segundo prácticamente no existen (art. 50). Salvaguardas tan importantes como el orden público, la audiencia al menor o la notificación al demandado rebelde, por ejemplo, desaparecen en el caso de derechos de visita y de restitución de menores, de suerte que –para estos temas y sólo para estos– una vez despachada ejecución en el foro se abre una vía rápida que no encuentra obstáculos, con el riesgo de abocar a una situación paradójica en la que se puede rechazar la parte relativa a concesión de guarda y custodia y sin embargo se está implementando el régimen de visitas previsto en la sentencia, o se obliga a restituir a un menor en contradicción con lo que dispone la resolución sobre con quién y dónde debe vivir⁴⁴. Un esquema de dos velocidades o de diferentes condiciones puede frustrar el equilibrio alcanzado en la resolución y generar incentivos para la litigación y el incumplimiento. Más prudente habría sido acoger un solo modelo, en la estela del RB I bis⁴⁵.

11. La eficacia parcial de las resoluciones evoca un problema parecido⁴⁶. El art. 53 RB II ter admite la ejecución parcial de las resoluciones incluidas en su ámbito material de aplicación con la única cautela del mantenimiento de su integridad en punto a restitución de menores (ap. 3). La congruencia marca el límite dentro del que se mueve el juez de la ejecución, de forma que no se puede dar más de lo pedido, pero sí menos, sea porque lo solicite el ejecutante (ap. 1) sea porque venga forzado por la denegación de la ejecución de alguna pretensión (ap. 2). Así las cosas, carecemos de alguna previsión que –mirando a la manida coherencia del paquete– fuerce a evitar el fraccionamiento del fallo. La situación puede ser delicada, en la medida en que los pronunciamientos rechazados en un reconocimiento parcial pueden quedar sin respuesta, ya que no necesariamente van a quedar cubiertos por una decisión del foro, entre otras razones porque no está dicho que nuestros tribunales tengan competencia judicial internacional para pronunciarse, y porque aun en este caso habría que contar con que las partes

⁴⁴ Lo paradójico es que este problema fue evidenciado a propósito del RB II bis, Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, p. 11. Se recomendaba ampliar el ámbito material de supresión del *exequatur*, como se ha hecho, pero subsisten los inconvenientes derivados de la dualidad de regímenes.

⁴⁵ Cfr. T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int’l L.*, 2016, p.160.

⁴⁶ Fuera del espacio europeo vale el ejemplo del AAP Barcelona, sección 18, de 13 noviembre 2020, que rechaza conceder el *exequatur* a algunos de los pronunciamientos contenidos en una decisión iraní, en concreto la que preveía que la custodia de una niña pasaría al padre cuando ésta cumpliera siete años. Rechazar lo establecido en custodia y admitir lo demás... No parece demasiado lógico. Téngase presente el silencio en este punto del CLH 1996, sea en el texto sea en el informe oficial o en el manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio. La duda es si se admite que quien puede lo más puede lo menos o si más bien se descarta la viabilidad del reconocimiento parcial en este ámbito de materias. Desde luego hay convenios de la Conferencia que lo admiten expresamente.

presenten demanda (nuestro ministerio fiscal carece de legitimación activa) y se pueda resolver en un plazo razonable. Pues bien, con las normas vigentes es arduo identificar una clave que permita denegar el reconocimiento y ejecución parciales con fundamento en la necesidad de mantener la coherencia de los conjuntos, porque: i) no es dado al tribunal de ejecución enjuiciar la causa y equilibrios alcanzados en tal o cual decisión, de forma que fundamentar las decisiones en aquellos vendría a ser como un examen de los contenidos que nada tiene que ver con el control del orden público; ii) se podría forzar y alegar que quiebra el orden público del foro en tales situaciones, mas lo único que permite esta excepción es negarse a dar eficacia a una parte del fallo por motivos anclados en los derechos fundamentales, y lo que resulta evidente es que hablamos de pronunciamientos que sólo en parte –por el motivo que sea– ven cerrado su acceso al foro, mientras que otra parte de esos pronunciamientos es perfectamente admisible.

Sólo invocando el interés del menor tal y como ha sido acuñado por el TC se podrá afirmar que no cabe dar nacimiento en el foro a un esquema jurídico que no preste atención y discipline todas las facetas de su vida: cierto que al legislador europeo no le ha preocupado grandemente el mantenimiento de la coherencia de los conjuntos (acabamos de verlo *supra*), que como tal no es un objetivo acogido de forma explícita en los reglamentos, pero en este punto cuadra hacer abstracción de las reglas estrictas, y que el tribunal de la ejecución suspenda el proceso, dé audiencia a las partes y tome una decisión que colme lagunas y evite situaciones de desprotección (si el foro español tiene competencia todo es más fácilmente defendible; el problema es cuando se carezca de ella, supuesto en el que el juez deberá argumentar de forma exhaustiva antes de asumirla)⁴⁷. Va de suyo que es otra historia cuando exista una resolución en el foro que se pronuncie sólo sobre alguno de los temas decididos en la decisión extranjera, caso en el que se activará la interdicción de eficacia por causa de inconciliabilidad de resoluciones (sin perjuicio de que también aquí se pueden detectar lagunas contrarias al interés del menor).

VI. LA CONFIANZA RECÍPROCA, LOS FORMULARIOS Y LA CONSAGRACIÓN DE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES (LA UNIFICACIÓN COMPROMETIDA)

12. Si hasta ahora he venido hablando de la coherencia “externa” del sistema de Derecho procesal civil internacional, quiero ahora referirme a la salvaguarda

⁴⁷ La patología de menores en el limbo no es exclusiva de esta hipótesis. Piénsese en la oposición al reconocimiento y ejecución de una decisión procedente de un EM alegando una resolución posterior susceptible de ser recibida en el foro, en los términos del art. 39.1º.e RB II ter, cuyo despacho de ejecución o execuatúr no es solicitado: Nada obliga a hacerlo, nada permite al juez fijar un plazo, nada le habilita para declarar la eficacia de aquella resolución cuyo reconocimiento era solicitado.

de lo que podríamos llamar coherencia interna, es decir, la intangibilidad del sistema de valores del foro. El Estado de ejecución de las resoluciones extranjeras se ha quedado inerte frente a planteamientos radicalmente contradictorios con los del foro, y eso en este sector distorsiona más de lo que resuelve.

13. Todo se orienta a la eficacia transfronteriza de las resoluciones, y de hecho los reglamentos se entienden mejor si se leen desde atrás y hacia adelante, aprehendiendo así mejor al carácter ancilar de la disciplina de la competencia. Justamente en atención a ese material humano del que partimos es por lo que se busca celeridad y certidumbre, objetivos para los cuales los formularios se convierten en instrumento básico⁴⁸. Más allá de la relevancia formal –al facilitar la tarea del juez de destino de la resolución, obviando las dificultades lingüísticas–, el formulario encierra toda una filosofía de fondo: en el plano sustantivo recoge mejor que nada el principio de confianza recíproca. Toda la actividad configuradora de la eficacia de las resoluciones se desenvuelve en el Estado de origen (el proceso, la sentencia, el certificado); en aquellos se recoge sólo el fallo, prescindiendo de antecedentes de hecho y de motivación jurídica, hasta el punto de que al menos en un primer momento se reconoce y se inicia la ejecución a ciegas; en tercer lugar, no son controlados, expidiéndolos el juez de origen según sus propias normas⁴⁹.

14. Ahora bien, con frecuencia se limitan a incorporar datos puramente adjetivos –como el nombre de las partes o la fecha de una sentencia, es decir, inocuos desde el punto de vista axiológico–, inobjectables, que conviven con auténticos juicios de valor, aseveraciones con transcendencia sustantiva, cuya recepción en el foro se nos ha impuesto sin posibilidad de establecer filtro alguno, sobre un trasfondo jurídico heterogéneo, con el consiguiente riesgo de quiebra de los principios básicos. No hay modo de defenderse frente a decisiones extranjeras erróneas, desproporcionadas o que violan los cimientos del Derecho patrio. Se han eliminado los instrumentos para impedir la ejecución de decisiones cuando con ella se violan derechos fundamentales, sin que valgan las facultades de adaptación. Instrumentos como el control de orden público y el respeto del principio del contradictorio han devenido imposibles⁵⁰. Pero como la comunión con ruedas de molino tiene un límite, pasamos de lo que podría ser un control ágil a la pesadez de los procedimientos ante tribunales internacionales: frente a la automaticidad de los procedimientos de ejecución no quedan más que las reclamaciones ante el TEDH,

⁴⁸ Hay un dato elocuente de la variedad de situaciones posibles en este capítulo y de los intereses en presencia, y es que se han predispuesto nueve módulos para los litigios sobre responsabilidad parental, frente a los dos previstos en materia de crisis matrimoniales.

⁴⁹ Estas observaciones las formula F. Gascón Inchausti a propósito del RB I bis, pero qué duda cabe de que son trasladables al ámbito ahora en estudio: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016, pp. 29 ss.

⁵⁰ Es muy interesante el análisis de los reglamentos automáticos y la insuficiencia de los mecanismos de protección que contienen realizado por N. Reichling, *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020, p. 90 en particular.

exigiendo responsabilidad al Estado de origen por las resoluciones que aparentemente violen el contradictorio⁵¹ (es improbable que se pueda hacer lo propio en el de ejecución desde el momento que ha desaparecido el margen de discrecionalidad que permita rechazarla: la doctrina *Bosphorus* del propio Tribunal acepta los estándares europeos, y ahí no existe tal margen)⁵². Pues bien, en este punto quiero referirme especialmente a dos ejemplos elocuentes, la audiencia al menor y la decisión sobre expedir o no un formulario de los que llevan aparejada ejecución privilegiada⁵³.

1. La audiencia al menor

14. ¿Existe un compromiso real del RB II ter con la audiencia del menor? A tenor del art. 21 RB II ter tal audiencia y la toma en consideración de sus opiniones constituye un principio básico “en el ejercicio de la competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo”⁵⁴. Descontando que a lo sumo tiene relevancia en la integración del concepto de interés del menor (arts. 10, 12 y 13 en particular), no parece que la fórmula tenga demasiado contenido real, desde el momento en que lo clave en tal ejercicio de tal competencia no es más que si se tiene o no, y ello pivota fundamentalmente sobre la residencia habitual, concepto objetivo. En todo caso, el art. 21 le otorga una sede autónoma y una destacada relevancia, sin la pesada dependencia de los ordenamientos nacionales que tiene el orden público (aunque sabemos que tampoco era imprescindible hacer mención a ella, presente ya en los instrumentos internacionales de los que forman parte todos los Estados de la Unión⁵⁵). Ahora bien, aparece adornado de tantas reservas que al final se desdibuja el objetivo claramente definido: el principio básico (atender las opiniones del niño) es omnipresente y tiene que ser respetado (art. 39.2º, funciona como excepción al reconocimiento y ejecución), pero los *detalles diabólicos* rebajan su importancia. Me explico.

⁵¹ N. Reichling, *Les principes directeurs...*, op. cit., p. 96.

⁵² El único reproche vendría de la no utilización de los espacios de discrecionalidad, que en las resoluciones privilegiadas no existen: F. Gascón Inchausti, “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia*”, CDT, 2014, p. 105 y p. 111. De hecho, la doctrina que se ha emanado en el sentido de que tanta automaticidad puede ser contraria a los derechos fundamentales se refiere a supuestos de restitución de un menor a toda costa, donde tal margen de apreciación existe.

⁵³ La razón es clara en ambos casos: la audiencia al menor es elemento fundamental en el sistema, y la decisión de usar este formulario pone en funcionamiento una resolución con una fuerza de penetración en el otro foro propia de un misil.

⁵⁴ Sistemáticamente es incomprensible la ubicación de una norma de alcance restringido entre las disposiciones comunes, una norma de implicaciones sustantivas entre reglas de contenido procedimental... salvo que se pretenda rebajar su alcance al de un mero trámite.

⁵⁵ Art. 12 Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño y su equivalente art. 25 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

15. ¿Aporta alguna mejora en los ordenamientos nacionales? ¿Alguna exigencia real? ¿De verdad hay que oír al menor? A mi juicio, no: asistimos al triunfo de la huera banalidad. Teóricamente se está exigiendo a los legisladores nacionales una actuación, pero nada se dice sobre la forma de incorporarla, de manera que el modo concreto en la que vive ese principio queda a los ordenamientos nacionales, como deja claro el cdo. 39⁵⁶. Tanto en el art. 21 como en el 39 se restringe el derecho a opinar, reservado a los menores capaces de formarse su propio juicio, y esto sólo puede ser definido por el ordenamiento del Estado de origen, e interpretado soberanamente por sus órganos judiciales. Si este extremo pudiera ser controlado por el juez requerido se estaría violando la confianza recíproca: no hay base alguna para exigir la acreditación de la aquella idoneidad. El punto 14 del formulario del anexo III inquiriere sobre si los menores han sido capaces de formarse su propio juicio, y mientras que el punto 15 (expresión de opinión) sí deja espacio para explicar las razones de la negativa, no ha lugar a ello si el juez de origen asevera que no estaban en condiciones de formarse un juicio: se indica y basta, sin oportunidad de verificar la corrección o no de tal apreciación⁵⁷. Se puede afirmar impunemente que no se ha podido dar audiencia, y no pasa nada. Además, el art. 39 admite que se pudiera excluir ese trámite si el procedimiento afectaba única y exclusivamente a los bienes del menor “y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento”⁵⁸ o si existían motivos fundados para ello. A este respecto cuadra observar que: i) La referencia a la “audiencia del menor habida cuenta del objeto del procedimiento” viene a reiterar la pervivencia de las disparidades nacionales, desde el momento que el legislador europeo renuncia a ofrecer algún lineamiento adicional que explique cuál es el objeto del litigio que aconseja conceder audiencia⁵⁹; ii) “Sólo” es

⁵⁶ “... (C)uando este [el órgano judicial] decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia de modo que quede asegurada la eficacia de las mencionadas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresar su opinión. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe utilizar, en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional...”. No es casual que la posición maximalista expresada por el Parlamento europeo en la enmienda 18 (prestar atención en particular a lo que digan los mayores de 12 años, y “[a] partir de los dieciséis años, los deseos del menor deben considerarse determinantes”) quedó descartada, acogiendo, eso sí, la parte “programática” sobre creación de las condiciones idóneas para que el menor pueda expresar de forma clara y exhaustiva su propia opinión, recabando la ayuda de profesionales de la infancia y la familia para determinar la capacidad y la madurez del niño.

⁵⁷ Estas observaciones valen para los demás formularios. Téngase en cuenta que el empleo del VI (decisión sobre el fondo que implica restitución) está condicionado a la efectividad de la audiencia, pero basta marcar la casilla que indica que los menores no han sido capaces de formarse un juicio –por el motivo que sea– para operar sin ataduras. Y no se pierda de vista que estamos en un núcleo de problemas donde la opinión del niño es transcendental como causa de no restitución en el convenio de 1980.

⁵⁸ El cdo. 57 no es demasiado explícito al respecto. Vale sólo para subrayar que la idea es no poner demasiados obstáculos a la eficacia transfronteriza de las resoluciones.

⁵⁹ V. *gr.*, la LJV prevé en el art. 64 la audiencia al menor cuando se trate de actos de disposición (...) de sus bienes, lo que no puede ser elevado a condición esencial para la ejecución de la resolución

exclusivamente, de manera que si el objeto es complejo no se puede eludir la audiencia al menor, incluso en los cicateros términos reglamentarios; iii) Para legitimar la falta de audiencia al menor y posibilitar la ejecución de una resolución extranjera hay que estar al sistema del Estado de origen –sobre cuyo contenido nada se permite indicar en el formulario III⁶⁰–, y eso desplaza la atención hacia el terreno de la prueba de tal Derecho, porque sólo si se acredita que en él no es necesaria la audiencia podremos excluir el eventual óbice al reconocimiento; aparte la cuestión puramente formal de que no se prevé la aportación de documentos adicionales a los del art. 31 (el silencio tampoco debería equivaler a negativa, siendo tan flexible el reglamento en este tema, art. 32), la paradoja viene por el modelo español de tratamiento de la ley extranjera: ¿Qué pasará si no se aporta la prueba de su contenido y vigencia? ¿Se debe aplicar la ley española –según la mecánica habitual en esta materia–, chocando así con el tenor poco uniformizador de la norma del art. 39.2º RB II ter? Así las cosas, si no se quiere destruir completamente lo que a todas luces era un principio básico del sistema, habrá que conceder que el juez de origen puede usar el punto 15.1.2 del anexo III (y concordantes) para suministrar esa información; iv) El inciso “en particular” del apartado b del art. 39.2º excluye que se reduzcan a la urgencia del caso, y deja abierta la puerta a las más variadas razones, desde las atendibles (por ejemplo si ya consta su opinión en prueba pericial, como sucede en la práctica judicial española) a las discutibles (si el juez considera que compromete el interés del menor someterlo al stress de una exploración)⁶¹.

16. ¿Puede el juez de la ejecución cuestionar algo de lo hecho en origen? Tampoco. Ni lo hecho, ni la forma en la que haya quedado reflejado en el punto 15 del anexo III⁶². Lo malo de la confianza recíproca es que obliga a realizar actos de fe: si se afirma que se ha realizado ese trámite, no puede ser objeto de control la realidad, la forma y el momento en que se lleva a cabo y se documenta (salvo que se realice con flagrante quiebra de garantías básicas, imposible de probar), las materias para las que no se exige, ni la autoridad que la haya realizado (no necesariamente judicial), no siendo tampoco reprochable que se haya realizado sólo en la segunda instancia, o extremos similares⁶³. De la misma manera que en las actuaciones desarrolladas en España se dará cumplimiento a esa exigencia de acuerdo con nuestro propio ordenamiento (la forma en la que debe realizarse se ajustará siempre a las exigencias legales del sistema del juez),

extranjera si en el Derecho del Estado de origen no se contempla idéntica o similar exigencia, desde el momento en que el Reglamento no lo hace.

⁶⁰ Un menor en condiciones de formarse su juicio –que es de lo que habla el formulario– puede no habérselo formado porque nadie le ha preguntado, porque no es necesario. Es decir: ¿Se pudo formar un juicio? Sí. ¿Se le dio la oportunidad? No: la ley no lo pedía.

⁶¹ Para la adopción de medidas cautelares, v.gr., *OLG Stuttgart*, sentencia de 5 marzo 2014. Si ambos padres están de acuerdo en las cuestiones de fondo, por ejemplo, no siempre será necesario oír al niño.

⁶² Sin olvidar que la opinión del niño se expresa en un trámite específico. Si hubiera sido interrogado como testigo habría que entender que no se ha cumplido, y deducir las oportunas consecuencias.

⁶³ La STJ 22 diciembre 2010 (*Aguirre c. Pelz*) constituye el mejor ejemplo de cómo el control de la audiencia al menor queda íntegramente en manos del órgano judicial de origen (*vid. cdo. 73*).

las modalidades particulares utilizadas en España no pueden convertirse en parámetro único de recepción de los modos empleados en el extranjero, básicamente porque –como se ha apuntado– el legislador europeo renuncia a una unificación mínima de las prácticas nacionales⁶⁴. Por mucho que el TC excluya la estandarización de los razonamientos, donde no hay espacio físico para las explicaciones mal se puede hacer otra cosa que rellenar un formulario, y no parece que la negativa sistemática a la eficacia en España de resoluciones extranjeras sea una opción real.

17. No es sólo que no se deba revisar lo hecho en origen: es que resulta prácticamente imposible. En la normalidad de los casos el juez de la ejecución desconocerá los detalles de la audiencia, ni siquiera cuando disponga de la sentencia traducida⁶⁵; desde luego en los formularios no hay espacio para ulteriores informaciones, y no es previsible que se recojan: por ejemplo, es inviable que se requiera copia del acta de la exploración, en caso de que haya existido⁶⁶. Así las cosas, los formularios esgrimen la confianza recíproca como eje de funcionamiento, pero opacan temas cruciales, y no hay medio de indagar sobre lo realizado sin merma de la celeridad (el recurso a las autoridades centrales o la comunicación directa entre órganos judiciales para intercambiar información de los arts. 80 y 86.1º RB II ter en poco ayuda) ni compromiso de tal principio. Claro que

⁶⁴ Es probable que únicamente los sistemas que excluyen las presunciones basadas en la edad del niño o los que exigen la exploración a partir de una determinada edad, a veces temprana en exceso, pueden plantear algún problema de recepción. Véase para detalles sobre ordenamientos nacionales B. Ubertazzi, “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal”, *J. Priv. Int’l L.*, 2017, pp. 591–592.

La circular 3/2009 de la Fiscalía general del Estado sobre protección de los menores víctimas y testigos aboga por la prevalencia de criterios discrecionales, atentos a la madurez del menor (o sea, lo que prevé el art. 92 Cc).

⁶⁵ Por ejemplo, si la exploración ha violado su derecho a la intimidad (en razón del contenido o de la presencia de extraños o de los abogados de las partes), debería recibir la correspondiente sanción en sede de ejecución, pero no hay manera de controlarlo.

⁶⁶ La venda antes que la herida: En Francia, al amparo del RB II bis, se ha dejado claro que para exportar decisiones francesas sin problemas, ante lo parco de los formularios y dada la certeza de que los tribunales extranjeros van a bucear en la resolución para comprobar si se ha respetado esa regla de la audiencia al menor, es conveniente introducir un párrafo standard en los casos en los que no se le haya escuchado, de este tenor: “*L’enfant a eu la possibilité d’être entendu conformément aux dispositions de l’article 388–1 du code civil. Cependant son audition a été jugée inappropriée compte tenu de son âge et de sa maturité/ de la nécessité de le maintenir à l’écart du conflit parental*”: Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, *Circulaire relative à l’entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale dit ‘Bruxelles 2 bis’*”. 28 octubre 2005, p. 15. Piénsese que en Holanda se decide caso por caso a partir de los 6 años, mientras que en Francia, Bélgica, Rumanía y Bulgaria el criterio es la edad (desde los 9 en el país vecino y desde los 10 en los tres últimos); en Finlandia se eleva hasta los 15 ese límite. En los casos de secuestro se rebaja el límite de edad: S. Lembrechts, “Hearing abducted children in Court. A comparative point of view from three countries (Belgium, France & the Netherlands)”, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, 2018, p. 29.

puede ser que ese principio no sea tomado tan en serio como se dice (STEDH 8 de julio de 2003)⁶⁷.

2. La expedición del certificado de resolución con eficacia privilegiada

18. Permítaseme empezar con una obviedad: el ejercicio de un derecho de visita o la restitución de un menor no podían quedar condicionados al engorroso trámite del executur. Esto quedó claro en el RB II bis, sometidos a una disciplina particularmente expeditiva. Ahora el hecho diferencial de estas materias incluidas en el art. 42 reside en la casi eliminación de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución (art. 50). Así las cosas, la opción de expedir un certificado u otro no es aséptica: rellenar los de los anexos IV o VI encierra un juicio de amplísimo alcance sobre lo hecho por el tribunal que ha conocido del asunto, y que comporta consecuencias muy gravosas cuando se proyectan al resto de los Estados miembros. Bastará leer el encabezamiento del formulario para identificar una cascada de consecuencias jurídicas de muy diverso orden: i) la parte menos problemática es la declaración del juez de origen en el sentido de que la materia litigiosa es de las del art. 42, en estado puro; ii) lo transcendental es que se afirma que se han respetado las exigencias del art. 47 (incluida la audiencia: *supra*); iii) hacia afuera, se impide que se discuta la concurrencia o no de las causas de oposición del art. 39; iv) una vez emitido, la corrección o no de la resolución pasa a un segundo plano, parapetada detrás del formulario; v) el control del Estado de origen es absoluto, de manera que ni siquiera los errores materiales más gruesos pueden ser corregidos por el de la ejecución (art. 48).

19. Ahora bien, ¿y el iter que lleva a la emisión de ese formulario? Recuérdese: el privado toma la iniciativa para solicitar al órgano judicial –en cualquier momento– la expedición del formulario que pretende⁶⁸, correspondiendo a éste el control de la regularidad del procedimiento de emanación, empezando por la verificación de que la materia encaja en el mencionado art. 42, de manera que si es más amplia será necesario expedir uno del anexo III y otro para esas cuestiones específicas privilegiadas (dos formularios, distintas velocidades: *vid. supra*)⁶⁹, y si considera que no concurren esos requisitos y decide no expedir el formulario, puede aun, sin mancillar la congruencia, emitir un formulario del anexo III (quien puede lo

⁶⁷ *Sommerfeld c. Alemania*: no existe violación de derecho alguno habida cuenta que se trataba de una menor que había sido interrogada por el juez... dos años antes del procedimiento controvertido.

⁶⁸ La expresión usada (quien haya sido parte en el proceso) elude restringir la legitimación al titular de la responsabilidad parental (así lo hacía el art. 40.2º RB II bis), porque los derechos de visita pueden haber sido reconocidos a personas distintas de esos titulares. Pueden solicitarlo tanto una parte como otra, lo que no debe extrañar en la medida en que puede ser que el derrotado en el procedimiento principal quiera aprovechar lo que le han reconocido, por ejemplo mientras se resuelve un recurso.

⁶⁹ Del mismo modo, si versó exclusivamente sobre alguna de estas se puede solicitar el de los anexos V o VI o el III, o incluso ambos, para decidir en su momento cuál usar (por muy absurdo que sea).

más puede lo menos). En ningún momento se prevé que la emanación venga precedida de un contradictorio en el que se pueda discutir o no sobre la concurrencia de los presupuestos para su expedición (la DF 22 LEC tampoco lo prevé en la actualidad a propósito de certificados similares al amparo del Reglamento 2201/2003), con la consiguiente sublimación de la confianza recíproca (el juez de origen controla) y limitándose la defensa de la parte que se oponga porque considera que no se han respetado las exigencias básicas a una reacción *a posteriori*, al amparo del art. 48.2º (recuérdese que el art. 47.6 excluye la posibilidad de recurso contra la decisión de expedir el certificado). No deja de ser expresivo de las ideas subyacentes que ni siquiera se exige la notificación previa de la resolución al ejecutado (punto 10 de los anexos). La consecuencia es que queriendo evitar las dilaciones y potenciar la celeridad, se deja espacio a la ejecución de resoluciones con pies de barro. Un contradictorio en el que se limitara el objeto del debate a los extremos recogidos en el art. 47 no debería dar lugar a demasiadas dilaciones, y aseguraría que lo que se ejecuta por este procedimiento acelerado merece seguir este trámite. En la actualidad se asume un excesivo riesgo de error.

20. Pero hay otros elementos a subrayar. Seleccionaré sólo tres: a) Se exige que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas. La expresión “parte afectada” dice más que partes en el proceso, es claro. Si el litigio ha nacido y se ha desarrollado como puramente doméstico es razonable que no hubiera expectativas de ejecución transfronteriza, de manera que el juez se limitará a satisfacer las exigencias de su propio ordenamiento sin preocuparse por cumplir las previsiones reglamentarias, dando audiencia a quien determina su normativa procesal, que no son necesariamente las mismas personas en quien piensa el RB II ter. ¿Qué ocurrirá si la situación deviene internacional y se le solicita la producción del formulario? De entrada, casa mal con la necesaria rapidez la apertura de un trámite *ad hoc* de audiencia a los implicados. Es dudoso que, habiendo sido escrupuloso con su Derecho, habiendo producido una decisión impecable según su sistema, haya de rechazar esta vía rápida, pero lo diáfano es que no se han cumplido las exigencias del art. 47. Sea como fuere, si finalmente se toma la decisión de emplearla, estamos, de nuevo, ante lo incontrolable, con el consiguiente riesgo de acoger lo que rechina con derechos procesales básicos; b) A mayor abundamiento, en particular en los casos de sustracción es muy difícil que el secuestrador participe en el proceso⁷⁰, ya que por motivos penales o de la normativa de extranjería no pueden pisar el territorio del Estado cuyos tribunales son competentes para decidir sobre el fondo. En el caso del demandante debe bastar con la demanda, de modo que la exigencia del

⁷⁰ La Guía práctica de la Comisión de 2014 a propósito del RB II bis advertía de la necesidad de que los Estados adoptaran las medidas necesarias para que el secuestrador pudiera participar en el procedimiento en el Estado de origen sin sufrir consecuencias penales. La solución sugerida por la Guía práctica era o bien aprovechar las posibilidades que ofrece el reglamento sobre obtención de prueba o bien la conclusión de acuerdos específicos para posibilitar la entrada y salida del territorio (España no ha hecho nada específicamente en este tema). No es descartable que el derecho quede comprometido.

art. 27.1º (no denegar la restitución sin oír al demandante) se satisfará con facilidad; c) Hablando de resoluciones que impliquen la restitución de un menor, tener en cuenta las razones de otro tribunal conforme al art. 13.1º.b o 13.2º del Convenio de La Haya de 1980 (art. 47.4º) permite soñar en términos de cortesía y primacía del interés del menor pero no deja de ser una exigencia bastante huera. El punto 15 del formulario del anexo VI pide al tribunal que marque si efectivamente lo ha hecho, y que emplee el del anexo III si no lo ha hecho, sin más explicación. Es arduo pensar que cuando un tribunal haya optado por usar ese formulario y no otro, llegado al mencionado punto, lo deje en blanco, con independencia de cuál haya sido su actitud a lo largo del proceso. El juicio sobre el grado en el que se ha considerado esas razones es autónomo e incontrolable, no sometido a condición de exteriorización en el certificado o en la decisión, y desde luego el tribunal del Estado de ejecución no está en disposición de cuestionar las aseveraciones realizadas en origen, reprochar nada o criticar la falta de motivación echando mano de los desarrollos argumentativos contenidos en esta. Por otra parte, puede resultar más o menos complicado averiguar cuáles fueron esas razones, porque se dispone exclusivamente del formulario I y de la resolución –no necesariamente traducida al idioma del juez competente para el fondo– y se actúa bajo la presión de la necesaria rapidez. Si el proceso de restitución tiene que desenvolverse en seis semanas por fase, no tendría sentido que el de ejecución de la resolución en cuanto al fondo que implique restitución dure mucho más. La Guía práctica de 2014 sugería recurrir a las autoridades centrales (lentitud asegurada) o la colaboración directa entre tribunales, esto es, comunicaciones informales en caso de que los jueces hablen el mismo idioma. Pero al cabo de tantas comunicaciones la cuestión sigue siendo la misma: ¿Para qué? ¿Es trascendente, si resulta que cuando el resultado de la aplicación del cortesiómetro por el tribunal requerido sea negativo tampoco podrá hacer nada?⁷¹

VII. FINAL

21. Sin ánimo de reiterar, glosar o encapsular las ideas expuestas más arriba, permítaseme sólo un apunte final. Al final, ¿qué nos queda? Nos queda un reglamento europeo que tiene que respetar los compromisos nacionales previos (inevitable) y que ha olvidado que la responsabilidad parental suele ser uno más de los aspectos involucrados en litigios complejos, dejando sin resolver las eventuales dificultades de coordinación o de lagunas de protección del niño, y eso era evitable. De momento, nos queda el recurso al gran principio inspirador de toda la normativa (la protección del menor), cuya potencia flexibilizadora de la normativa procesal ampara el TC.

⁷¹ En realidad, el mecanismo de prevalencia convierte al procedimiento de colaboración en un campo minado, con un poderoso incentivo para no alegar las causas del art. 13 CLH 1980.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejándrez Peña, P.: “Problemática práctica ante la ejecución de las separaciones o divorcios notariales”, *Revista de Derecho de Familia*, 2020, pp. 86 ss.
- Andrae, M.: “Noch einmal: Zur internationalen Zuständigkeit bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat des KSÜ (OLG Frankfurt, 5.11.2019)”, *IPrax*, 2021, pp. 2 ss.
- Borrás, A.: “Comentario al art. 8 RB II bis”, en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on private international law*, vol. IV, *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, 2017;
- Campuzano Díaz, B.: “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental”, en *CDT*, 2020.
- Carrillo Pozo, L.F.: *La responsabilidad parental. Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, 2021.
- Castellanos Ruiz, E.: “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, en M V. Cuartero Rubio/J. M. Velasco Retamosa, (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, 2021.
- Forcada Miranda, F.J.: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020; F. Garau Sobrino, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011;
- Garrorena Morales, A.: “Comentario al art. 164 CE”, en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, 1999.
- Gascón Inchausti, F.: “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia”, *CDT*, 2014.
- Gascón Inchausti, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016.
- Gascón Inchausti, F.: *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Kruger, T. y Samyn, L.: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int'l L.*, 2016.
- Lembrechts, S.: “Hearing abducted children in Court. A comparative point of view from three countries (Belgium, France & the Netherlands)”, en *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, 2018.
- Moya Donate, P.: “La ejecución de resoluciones procesales de familia en las que aparecen afectados los menores. Especialidades procesales”, en *Sepin Familia y Sucesiones*, septiembre 2020 (SP/DOCT/106605).
- Reichling, N.: *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020.
- Ubertazzi, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal”, *J. Priv. Int'l L.*, 2017.

Recibido: 29 junio 2022
Aceptado: 29 julio 2022

Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire *

Antonia DURÁN AYAGO **

SUMARIO: I. Contexto II. Responsabilidad social corporativa y deber de diligencia: hacia un Derecho mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad 1. La fundamentación: deber de diligencia y control de dirección 2. Base normativa y objetivos de la futura Directiva 3. Ámbito subjetivo de aplicación 4. Ámbito de acción III. El papel del DIPr. para hacer efectiva la diligencia debida en las empresas multinacionales y transnacionales 1. Consideraciones preliminares 2. Propuestas de modificación por el Parlamento Europeo: A) Propuestas de reforma en competencia judicial internacional; B) Propuestas de reforma en Derecho aplicable IV. A modo de conclusión.

RESUMEN: El cambio de paradigma en las relaciones de las empresas multinacionales y transnacionales con los Derechos humanos parece que va a llegar a la legislación de la Unión Europea a través de una normativa sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. Si finalmente llegara a aprobarse (en estos momentos, tenemos la propuesta de Directiva, presentada por la Comisión el 23 febrero 2022), la Unión Europea se situaría a la vanguardia de una necesaria transformación que aportaría justicia a la sostenibilidad. Para ello, son necesarios también cambios en la normativa europea de Derecho Internacional Privado. Algunos de ellos fueron propuestos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)). En este trabajo nos proponemos analizar si los cambios propuestos por el Parlamento Europeo, si finalmente cristalizaran en la modificación del Reglamento (UE) 1215/2012 y del Reglamento (CE) 864/2007, serían suficientes.

PALABRAS CLAVE: EMPRESAS MULTINACIONALES, DERECHOS HUMANOS, RESPONSABILIDAD CIVIL, DEBER DE VIGILANCIA, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, DERECHO APLICABLE

* Este trabajo tiene su origen en A. Durán Ayago, “Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núms. 91–92, 2022, pp. 1–17. En el presente artículo se ha desarrollado la parte relativa a los cambios que provocaría en el DIPr. de origen europeo esta Propuesta de Directiva.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. ORCID ID: 0000-0003-3112-0112.

Human rights, due diligence and corporate sustainability: implications for European Private International Law regarding a Proposal for a Directive in the air

ABSTRACT: *The paradigm shift in the relations of multinational and transnational companies with Human Rights seems to be reaching the legislation of the European Union through regulations on due diligence in matters of corporate sustainability. If it were finally approved (at the moment, we have the proposal for a Directive, presented by the Commission on February 23, 2022), the European Union would be at the forefront of a necessary transformation that would bring justice to sustainability. For this, changes are also necessary in the European regulations of Private International Law. Some of them were proposed in the Resolution of the European Parliament, of March 10, 2021 with recommendations addressed to the Commission on due diligence of companies and corporate responsibility (2020/2129(INL)). In this work we intend to analyze if the changes proposed by the European Parliament, if they finally crystallized in the modification of Regulation (EU) 1215/2012 and Regulation (EC) 864/2007, they would be sufficient.*

KEYWORDS: MULTINATIONAL COMPANIES, HUMAN RIGHTS, CIVIL RESPONSIBILITY, DUT OF VIGILANCE, INTERNATIONAL JUDICIAL JURISDICTION, APPLICABLE LAW

I. CONTEXTO

1. Cuando hace cinco años vio la luz, tras un atropellado proceso legislativo¹, la Ley del deber de diligencia francesa, de 27 marzo 2017², solo los muy avezados podrían atreverse a vaticinar un cambio de paradigma en el Derecho mercantil europeo respecto de la responsabilidad social corporativa y el deber de diligencia, ni que esto pudiera suponer cambios en el sistema de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.)³, atrevimiento que, es verdad, estaba revestido de cierto escepticismo, sobre todo debido a la posición que la Unión Europea había adoptado en la negociación de la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante de respeto a los Derechos humanos por parte de las empresas multinacionales y transnacionales (*Binding Treaty*)⁴. Pero poco tardamos en comprobar que la mecha había prendido, pues tras la ley francesa

¹ Vid. N. Cuzacq, "Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", *Revue de Droit du Travail*, n° 4, 2014, pp. 265–266.

² LOI n° 2017–399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) – Légifrance (legifrance.gouv.fr).

³ A. Durán Ayago, "Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países. A propósito de la Ley francesa 2017–399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348; *id.*, "Lex Damni vs. Lex Societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario", *Cuadernos de Derecho Deusto*, n° 63, 2020, Bilbao, pp. 183–206.

⁴ Vid. Resolución A/HRC/RES/26/9 "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos": adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 26 junio 2014 [<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>].

llegaron cambios en Holanda⁵, Alemania⁶ o Noruega⁷ y proyectos en Austria⁸, Luxemburgo⁹, Finlandia¹⁰, Reino Unido¹¹ o Suiza¹², que han contribuido a apuntalar el inicio de un cambio de tendencia¹³, basado también en la supervivencia competitiva de las empresas, fundamentalmente de las grandes empresas, en una sociedad en la que el poder del consumidor todavía no ha alcanzado las cotas de influencia que le corresponden, pero cuya importancia ya se atisba en las decisiones de producción de algunas grandes empresas¹⁴.

2. En este contexto, el 10 marzo 2021, el Parlamento Europeo aprobó una propuesta dirigida a la Comisión para desarrollar una Directiva vinculante que

⁵ Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil, de 24 octubre 2019, *vid.* [<https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/Wet-zorgplicht-kinderarbeid-401-2019.pdf>] y Update: Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law – MVO Platform>]. Téngase en cuenta también el Proyecto de ley, de 11 marzo 2021, sobre debida diligencia en las cadenas de valor para combatir las violaciones de los derechos humanos, los derechos laborales y el medio ambiente en el comercio exterior, accesible en [<https://proyecto.translab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/05/NL-Bill-for-Responsible-and-Sustainable-International-Business-NL-Conduct-unofficial-translation-MVO-Platform.pdf>], consultado el 24 junio 2022>].

⁶ Ley sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro, aprobada en 2021, *vid.* [https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/11/bgbl121s2959_79917.pdf] y [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw23-de-lieferkettengesetz-845608>].

⁷ Ley de transparencia empresarial y trabajo con derechos humanos básicos y trabajo decente, aprobada en 2021, *vid.* Lovvedtak (stortinget.no), consultado el 24 junio 2022.

⁸ En mayo de 2020, un grupo de diputados presentó un proyecto de Ley de Responsabilidad Social en el sector textil, encaminado a prohibir el trabajo infantil y los trabajos forzados en las cadenas de suministro de los productos textiles y de calzado que entren en el mercado austriaco.

⁹ El gobierno se comprometió en 2018 a explorar la posibilidad de adoptar una legislación en materia de diligencia debida empresarial. En 2020, encargó un estudio al respecto a la Universidad de Luxemburgo.

¹⁰ En junio de 2019, el gobierno finlandés se comprometió a desarrollar legislación en materia de diligencia debida empresarial, así como a trabajar en la Unión Europea y en la ONU a favor de la adopción de medidas similares a escala internacional. En junio de 2020, el Ministerio de Empleo publicó un estudio sobre las opciones legislativas disponibles.

¹¹ El gobierno propuso, en noviembre de 2020, la introducción de una nueva ley que establecería obligaciones de diligencia debida empresarial con relación a los productos que conlleven riesgos medioambientales para los bosques y prohibiría a las empresas británicas utilizar dichos productos si no se han respetado las leyes locales que protegen los bosques y los ecosistemas naturales.

¹² Tras un largo proceso legislativo alrededor de la iniciativa, ésta se sometió a referéndum el pasado noviembre de 2020. La iniciativa obtuvo una mayoría de votos a favor (50,7%), pero no en la mayoría de los cantones suizos (además de la mayoría de los votos, la ley electoral exige que al menos 12 cantones apoyaren la iniciativa), por lo que finalmente no fue adoptada.

¹³ Un análisis sobre las leyes francesa, holandesa, alemana y noruega se puede ver en A. Guamán, *Diligencia debida en Derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147 ss.

¹⁴ A. Durán Ayago, “Sobre la responsabilidad de las empresas...”, *loc. cit.*, p. 328; *id.*, “Empresas, Derechos humanos, ODS y consumidores”, entrada publicada el 27 marzo 2019 en Blog en [<https://diarium.usal.es/aduran/2019/03/27/empresas-derechos-humanos-ods-y-consumidor/>]. *Vid.* también R. M. Fernández Martín, “Gobernanza corporativa en la Unión Europea: oportunidades de cambio para un desarrollo sostenible”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 45, 2011, pp. 97–115.

estableciera obligaciones para las empresas en relación con la debida diligencia en materia de Derechos humanos, medioambiente y corrupción¹⁵. En su nota de prensa, el Parlamento Europeo hablaba del fin de la impunidad de las empresas que causen daños a las personas o al planeta¹⁶. Un año después, el 23 febrero 2022¹⁷, la Comisión presentaba la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial¹⁸, incardinada en el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia 2020–2024¹⁹, que incluye un compromiso para la Unión y los Estados miembros de fortalecer su empeño para promover activamente la implementación de estándares internacionales sobre conducta empresarial responsable²⁰, como las Directrices de la ONU en los Principios sobre Empresas y Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales y Diligencia Debida²¹,

¹⁵ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)), accesible en Textos aprobados – Diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa – Miércoles 10 marzo 2021 (europa.eu), consultado el 20 junio 2022. Una valoración de la misma desde el derecho material puede leerse en A. Guamán, “La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del *soft* al *hard law*”, en F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 93–113; H. Barreto, “Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral: comentarios a la reciente Resolución del Parlamento Europeo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, nº 281, 2021, pp. 21–33

¹⁶ Vid. [<https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20210304IPR99216/fin-de-la-impunidad-para-las-empresas-que-causen-danos-al-planeta-o-las-personas>], consultado el 23 junio 2022. L. S. De Erice Aranda, “¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, enero–junio 2022, pp. 473–497.

¹⁷ Puede verse nota de prensa en Corporate sustainability due diligence (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

¹⁸ Bruselas, 23 febrero 2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), accesible en [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf], consultado el 22 junio 2022.

¹⁹ Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de Acción de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia 2020–2024 (JOIN/2020/5 final), accesible en EUR-Lex – 52020JC0005 – EN – EUR-Lex (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²⁰ El marco normativo internacional en el que encuadrar este cambio de paradigma se halla en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas – Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, 2011; Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 2011; Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279.ª (noviembre de 2000), 295.ª (marzo de 2006) y 329.ª (marzo de 2017) y, en el ámbito específico del sector extractivo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (2000).

²¹ En concreto, los Principios rectores pretenden proporcionar las directrices esenciales para responsabilizar a todos los actores implicados en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Y se apoyan en tres pilares: a) el primero se centra en la obligación de los Estados de proteger los Derechos humanos frente a las violaciones procedentes del sector privado (*state duty to protect*); b) el segundogira en torno a la responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos humanos

y se alinea con la Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño²², que compromete a la Unión con un enfoque de tolerancia cero contra el trabajo infantil, y con la Estrategia de la Unión Europea para combatir la trata de seres humanos 2021–2025²³.

3. La Propuesta de Directiva de la Comisión, con lenguaje mucho más moderado que el utilizado en la Propuesta que presentó el Parlamento Europeo, tiene como objetivo fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable en las cadenas de suministro mundiales, para lo que se exigirá a las empresas que determinen y, cuando sea necesario, prevengan, atajen o mitiguen los efectos adversos de sus actividades sobre los Derechos humanos, como el trabajo infantil y la explotación de los trabajadores, y sobre el medio ambiente, como la contaminación o la pérdida de biodiversidad²⁴. Sostiene que para las empresas estas nuevas reglas brindarán seguridad jurídica y condiciones de competencia equitativas, y para los consumidores e inversores, proporcionarán más transparencia. Considera la Comisión que las nuevas normas de la Unión Europea impulsarán la transición ecológica y protegerán los Derechos humanos en Europa y fuera de ella.

4. Conjuntamente con esta Propuesta, se ha presentado una Comunicación en la que la Comisión reafirma el compromiso de la Unión Europea de defender el trabajo digno, tanto dentro como fuera de la Unión, situando en el centro la eliminación del trabajo infantil y el trabajo forzoso²⁵. Para su contextualización, aporta esclarecedores datos, entre ellos, que 160 millones de niños, uno de cada diez en todo el mundo, están en situación de trabajo infantil²⁶ y 25 millones de personas están en una situación de trabajo forzoso²⁷. Datos que nos dan idea del

(*responsibility to respect*) y c) el tercer pilar se refiere a la responsabilidad de los Estados y de las empresas de proporcionar recursos efectivos a las víctimas de los abusos (*access to remedies*).

²² Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño (COM/2021/142 final), accesible en EU Strategy on the Rights of the Child – Illustrated version | European Commission (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²³ Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE para combatir la trata de seres humanos 2021–2025 (COM(2021) 171 final), accesible en EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings (2021–2025) (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²⁴ Vid. diferentes análisis sobre la misma en *Oxford Business Law Blog*, accesible en [https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/terms_15=2223], consultado el 27 junio 2022.rd

²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa mundial y una recuperación sostenible, Bruselas, 23 febrero 2022 COM (2022) 66 final, vid. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187], consultado el 22 junio 2022.

²⁶ Explica la Comisión que, aunque en términos generales se ha producido una reducción significativa en las últimas décadas del número de niños en situación de trabajo infantil (de 245,5 millones en 2000 a 151,6 millones en 2016), sin embargo, el número ha aumentado en más de 8 millones entre 2016 y 2020, invirtiendo la tendencia positiva anterior, vid. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187], consultado el 28 febrero 2022.

²⁷ Vid. [<https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang-en/index.htm>], consultado el 25 febrero 2022.

enorme desafío que se tiene por delante, y también de cómo durante demasiado tiempo algunas grandes empresas han actuado y actúan al margen de la ley, prevaleciendo de la situación de vulnerabilidad y necesidad en la que se encuentran muchas personas en Estados en vías de desarrollo²⁸.

5. Apunta la Comisión que la Unión Europea reforzará sus acciones basándose en los cuatro elementos del concepto universal del trabajo digno, desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo y reflejado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas²⁹: 1) la promoción del empleo; 2) las normas y los derechos del trabajo, incluida la eliminación del trabajo forzoso y del trabajo infantil; 3) la protección social y 4) el diálogo social y tripartismo. La Comisión ha anunciado, además, que está preparando una nueva iniciativa legislativa que prohibirá de hecho la comercialización en el mercado de la Unión Europea de productos fabricados mediante trabajo forzoso, incluido el trabajo infantil.

6. Sin perjuicio de que la Propuesta de Directiva que ha presentado la Comisión ahora está siendo objeto de debate hasta, en su caso, definitiva aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, debiendo ser incorporada luego a la legislación de los Estados miembros, el propósito de este trabajo es ofrecer una valoración de lo que aportaría esta Directiva si llegara a aprobarse, fundamentalmente desde la óptica internacional-privatista, para valorar cuáles son los principales cambios que deberían producirse en la normativa del DIPr. europeo para garantizar un ágil acceso a la tutela judicial efectiva por parte de las víctimas que pueda provocar la acción de las empresas multinacionales y transnacionales contraria a los Derechos humanos. Y aunque hayan desaparecido de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, las recomendaciones del Parlamento Europeo de modificación tanto del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) [en adelante, Reglamento (UE) 1215/2012]³⁰, como del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [en adelante, Reglamento Roma II]³¹, partiremos de su análisis para valorar si los cambios propuestos son adecuados, o si, en su caso, es conveniente una reforma más profunda de la normativa de DIPr. europeo.

²⁸ El 23,9 % de los niños y las niñas entre 5 y 17 años que trabajan lo hacen en países del África Subsahariana (en torno a 87 millones), *vid.* tabla en p. 6 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187].

²⁹ *Vid.* [<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-en/index.htm>], consultado el 22 junio 2022.

³⁰ DO n° 351 de 20.12.2012.

³¹ DO n° 199 de 31.7. 2007.

II. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DEBER DE DILIGENCIA: HACIA UN DERECHO MERCANTIL MATERIALMENTE ORIENTADO HACIA LA SOSTENIBILIDAD

1. La fundamentación: deber de diligencia y control de dirección

7. El concepto de deber de diligencia procede del Derecho anglosajón y hace referencia a las medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos³². Precisa Giner que la debida diligencia implica, en primer lugar, esforzarse por conocer el contexto del país en el que las empresas desarrollan sus actividades y entender las cuestiones relacionadas con los Derechos humanos en ese entorno. Conlleva, además, realizar un diagnóstico de las prácticas y políticas corporativas, así como un análisis objetivo de los efectos reales y potenciales de sus actividades con el objetivo de identificar cuestiones importantes con enfoque en los Derechos humanos. Y supone, al fin, evitar estimular, perpetuar o contribuir a vulneraciones de estos derechos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades³³.

³² Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, Adición – Resumen de cinco reuniones de consulta con múltiples interesados, A/HRC/8/16, acceso el 7 marzo 2022, [https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril_2008.pdf]; L. Smit / C. Bright / R. McCorquodale / M. Bauer / H. Deringer / D. Baeza-Breinbauer / F. Torres-Cortés / F. Alleweldt / S. Kara / C. Salinier / H. Tejero Tobed, “Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report”, 2020, accesible en [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>], consultado el 23 junio 2022. Vid. también I. Daugareilh, “La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne”, *Sociologie du travail*, vol. 51, n° 4, pp. 499–517; M.A. Moreau (ed.), *Dossier spécial Le devoir de vigilance, Droit social*, 2017, pp. 798–805; W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano, “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–7; M.L. Martín Hernández, “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: la perspectiva de la Unión Europea (1)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–64.

³³ A. Giner, “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *Law Harremanak* 19 (2008–II), p. 79. Según V. Brino, “La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?”, en W. Sanguinetti Raymond (dir.), *Comercio internacional, trabajo y Derechos Humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, pp. 44–45, se trata de “un proceso dirigido a introducir una dimensión de prudencia, a través de la realización de un control preventivo y diversificado en la fase de elaboración de una decisión, que impone la consideración a los fines de la misma de factores externos, sustanciándose en el conjunto de conductas adoptadas por las empresas para identificar, prevenir, mitigar y finalmente verificar el impacto de sus acciones sobre los derechos humanos”.

8. Por su parte, el control de dirección se plasma de forma diversa en cada ordenamiento jurídico, pero hace referencia al control económico, financiero y administrativo que la empresa matriz suele tener sobre sus filiales³⁴. Demostrar el control de dirección de la empresa matriz sobre la filial causante del daño puede suponer un elemento determinante para imputar la responsabilidad directamente a la empresa matriz, con todo lo que ello puede conllevar para hacer realidad el resarcimiento del daño causado.

9. Mientras los textos internacionales que han afrontado la relación entre las grandes empresas y los Derechos humanos hacen hincapié en la necesidad de que las empresas se guíen por la diligencia debida, pero se trata de normas de *soft law*, esto es, recomendaciones, no obligaciones legales, lo verdaderamente novedoso de la Propuesta de Directiva europea es que pretende hacer vinculante este deber para las grandes empresas. Obviamente, sólo desde la responsabilidad legamente exigida podrá luego exigirse responsabilidad por lo no cumplido³⁵. Por eso, es importante que la diligencia debida y el control de dirección sean integrados en el concepto más amplio de la responsabilidad social corporativa como obligación legamente exigible.

10. Con ello se avanza en un Derecho mercantil materialmente orientado a la sostenibilidad. Las dimensiones social y relacional de la diligencia debida y del control de dirección permiten así frenar la fragmentación de las estructuras de producción, que posibilita a las empresas que operan en el mercado mundial minimizar tanto los costes de producción como los riesgos jurídicos y financieros derivados de sus impactos en la sociedad y el medio ambiente, y permite “doblegar dos tótems” del Derecho de sociedades como son el principio de autonomía de la persona jurídica y el principio de responsabilidad limitada que han servido de diques para la materialización de la responsabilidad civil en los grupos de empresas y en las cadenas mundiales de valor³⁶.

2. Base normativa y objetivos de la futura Directiva

11. La base normativa para adoptar la Directiva que se propone se encuentra en los arts. 50 y 114 TFUE, el primero orientado a garantizar la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la Unión y el segundo habilitando a

³⁴ Vid. A.J. López Expósito, “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?”, *eXtoikos*, n° 13, 2014, pp. 31–36.

³⁵ M. Muñoz de Morales Romero, “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, n° 30, 2020, pp. 948–992.

³⁶ I. Daugareilh, L. D’Ambrosio y T. Sachs, “La Ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica”, en W. Sanguinetti Raymond (dir.), *Comercio internacional...*, loc. cit., p. 116.

la Unión a llevar a cabo una aproximación de legislaciones para garantizar en concreto en este caso esta libertad de establecimiento.

12. Se pretenden establecer, por tanto, unas disposiciones mínimas comunes que aminoren los efectos de la fragmentación normativa que en esta materia en estos momentos existe, y que puede conducir a un escenario en el que se vea afectada la libre concurrencia competitiva³⁷. Puede suceder que las empresas y sus directores, en particular aquellas que tienen cadenas de valor transfronterizas, ya se encuentren sujetos a diferentes requisitos en función del país en el que actúen, sin perjuicio de las exigencias a las que deba quedar sometida la empresa en función de donde tenga su sede social³⁸. Esto podría dar lugar a duplicidad de requisitos, dificultades en su cumplimiento, falta de seguridad jurídica para las empresas e incluso requisitos legales paralelos incompatibles entre sí. A la inversa, es posible que algunas empresas no entren en el ámbito de aplicación de ningún marco nacional por el mero hecho de que no tienen vínculos pertinentes en virtud de la legislación nacional con la jurisdicción de un Estado miembro que tenga en vigor normas de diligencia debida y, por lo tanto, obtengan una ventaja sobre sus competidores³⁹.

13. Tal y como se especifica en la Propuesta de Directiva, con ella se pretende fundamentalmente: (1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo de las empresas para integrar mejor los procesos de gestión y mitigación de riesgos e impactos en los Derechos humanos y el medio ambiente, incluidos los que se producen en las cadenas de valor; (2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y aportar seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas con respecto al comportamiento esperado y la responsabilidad de la empresa; (3) establecer mecanismos para sancionar administrativamente a las empresas incumplidoras y hacerlas responsables civilmente del incumplimiento de los deberes de diligencia debida previstos.

³⁷ Considera A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 88, 2022, p. 17, que “la verdadera preocupación radica en su voluntad de prevenir y remover los obstáculos a la libre circulación y las distorsiones de la competencia, armonizando los requisitos de diligencia debida impuestos a las empresas”. En este sentido, la considera más cercana a la ley alemana que a la francesa, siendo el objetivo último beneficiar la movilidad de las operaciones empresariales y las inversiones, más que poner fin a la impunidad empresarial y garantizar el acceso de las víctimas a la justicia y a la reparación, tal y como explícitamente se contemplaba en la Propuesta de Directiva elaborada por el Parlamento Europeo.

³⁸ Por ejemplo, de conformidad con la *Sorgfaltspflichtengesetz alemana*, cualquier empresa con una sucursal y al menos 3.000 empleados en Alemania (1.000 a partir de 2024) entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

³⁹ Vid. Propuesta de Directiva..., [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf], pp. 11 y 12.

3. *Ámbito subjetivo de aplicación*

14. Según el art. 2 de la Propuesta de Directiva, esta se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada de la Unión Europea con más de 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación neta en todo el mundo⁴⁰, cuya estrategia empresarial deberá ser además compatible con la limitación del calentamiento del planeta a 1,5° C, de conformidad con el Acuerdo de París de 2015⁴¹. También se aplica a otras sociedades de responsabilidad limitada que operan en sectores definidos de alto impacto⁴², que no alcanzan los dos umbrales anteriores, pero tienen más de 250 empleados y una facturación neta de 40 millones de euros en todo el mundo⁴³. En lo que respecta a estas sociedades, el Estado miembro competente para regular las materias cubiertas por la presente Directiva será el Estado miembro en el que la sociedad tenga su domicilio social⁴⁴. Pero afectaría, además, también a empresas de terceros países activas en la Unión Europea con los mismos requisitos que los fijados para las empresas de la Unión Europea⁴⁵. Las pequeñas y medianas empresas no quedarían

⁴⁰ Se estima que estarían implicadas en este primer grupo en torno a 9.400 empresas.

⁴¹ [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf].

⁴² En concreto, según dispone el art. 2.1 b), la fabricación de textiles, cuero y productos relacionados (incluido el calzado), y el comercio al por mayor de textiles, prendas de vestir y calzado; la agricultura, la silvicultura, la pesca (incluida la acuicultura), la fabricación de productos alimenticios y el comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; la extracción de recursos minerales, independientemente de dónde se extraigan (incluido el petróleo crudo, el gas natural, el carbón, el lignito, los metales y las menas metálicas, así como todos los demás minerales no metálicos y productos de cantera), la fabricación de productos básicos productos metálicos, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos fabricados (excepto maquinaria y equipo), y el comercio al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos metales y minerales metálicos, materiales de construcción, combustibles, productos químicos y otros productos intermedios).

⁴³ Serían en torno a 3.400 empresas las que se integrarían en este segundo grupo que operan en sectores definidos de alto impacto (textiles, agricultura, extracción de minerales). Para este grupo, las reglas comenzarían a aplicarse dos años más tarde que para las del primer grupo.

⁴⁴ En España en estos momentos la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por el RD Leg. 1/2010, de 2 de julio y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditorías de cuentas, reformó el art. 49 del Código de Comercio en materia de información no financiera y diversidad, estableciendo la obligación de presentar el estado de información no financiera consolidado para todas las sociedades con más de 250 trabajadores que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien reúnan durante dos ejercicios consecutivos y a fecha de cierre de los mismos, al menos una de las siguientes circunstancias: 1) que el total de las partidas del activo sea superior a 20 millones de euros, o 2) el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40 millones de euros. Un análisis del ámbito subjetivo de las distintas leyes que sobre esta materia se han aprobado en distintos Estados europeos puede verse en A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia debida...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁴⁵ En torno a 2.600 empresas cumplirían los criterios de tener más de 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación neta en todo el mundo y en torno a 1.400 cumplirían los criterios de tener más de 250 empleados y una facturación neta de 40 millones de euros en todo el mundo.

directamente comprendidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva⁴⁶.

15. A los efectos de la aplicación de la Directiva, se entiende por filial una empresa controlada por la matriz, en los términos del art. 2, ap. 1, letra f), de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁷.

16. Si bien la Propuesta Directiva afectaría a unas 13.000 empresas de la Unión Europea y a unas 4.000 de terceros países, esta limitación implica que la propuesta de legislación afectaría a menos del 0,2 % de las empresas de la Unión Europea⁴⁸.

4. Ámbito de acción

17. La Directiva está pensada para aplicarse a las operaciones propias de la empresa, sus filiales y sus cadenas de valor (relaciones comerciales directas e indirectas establecidas)⁴⁹. Para cumplir con el deber de diligencia debida corporativa, las empresas deben: a) integrar la diligencia debida en sus estrategias; b) determinar los efectos negativos reales o potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente; c) prevenir o mitigar posibles efectos negativos; d) poner fin a los efectos negativos reales o reducirlos al mínimo; e) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; f) supervisar la

⁴⁶ En la propuesta de Directiva presentada por el Parlamento Europeo, se especifica que se aplicaría también a las pequeñas y medianas empresas que cotizaran en el mercado de valores, así como a aquellas que fueran de alto riesgo.

⁴⁷ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 diciembre 2004, relativa a la armonización de los requisitos de transparencia en relación con la información sobre emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO L 390 de 31.12.2004, p. 38). En concreto, i) en la que una persona física o jurídica tenga la mayoría de los derechos de voto; ii) con respecto a la cual una persona física o jurídica tenga el derecho de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, gestión o control y de la que al mismo tiempo sea accionista o asociado, o iii) en la que una persona física o jurídica que sea accionista o asociado controle ella sola la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o de los asociados, respectivamente, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o asociados de la empresa de que se trate, o iv) sobre la cual una persona física o jurídica pueda ejercer o ejerza efectivamente una influencia dominante o control.

⁴⁸ A juicio de la Plataforma por Empresas Responsables, “esta restricción tan dramática implica que la propuesta ignora de forma deliberada muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño de la plantilla y la facturación anual no son indicadores fiables del impacto de una empresa en las vidas de trabajadores y comunidades en todo el mundo”, *vid.* [<https://empresasresponsables.org/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-empresarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>]. consultado el 23 junio 2022.

⁴⁹ El art. 3 de la Propuesta de Directiva define relación comercial establecida como “una relación comercial, directa o indirecta, que sea o que se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o de su duración, y que no represente una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor”.

eficacia de la estrategia y las medidas de diligencia debida; y g) comunicar públicamente su estrategia sobre la diligencia debida (art. 4).

18. Pero repárese que estas obligaciones son de medios y no de resultado⁵⁰, lo que puede conducir a una regulación poco efectiva. Además, existe una laguna peligrosa que pone en riesgo la eficacia de la Directiva a la hora de evitar daños más allá del primer eslabón de la cadena de suministro, y que podría impedir que las víctimas puedan hacer responsables a las empresas. El borrador abre la posibilidad a que las empresas puedan cumplir con sus obligaciones añadiendo ciertas cláusulas en sus contratos con suministradores, transfiriendo el proceso de verificación a terceras partes. Las empresas no deberían poder trasladar sus responsabilidades a sus suministradores, o eludir las consecuencias del daño participando en planes sectoriales de naturaleza voluntaria⁵¹.

19. Según dispone el art. 5, los Estados miembros deben velar por que las empresas integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas y dispongan de una política de diligencia debida, que deberá contener: a) una descripción del enfoque de la empresa, incluso a largo plazo, con respecto a la diligencia debida; b) un código de conducta que describa las reglas y principios que deben seguir los empleados y subsidiarias de la empresa; c) una descripción de los procesos para implementar la diligencia debida, incluidas las medidas tomadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas.

20. En cuanto a la responsabilidad civil, el art. 22 indica que los Estados miembros deberán garantizar que las empresas sean responsables de los daños y perjuicios que ocasionen si no han adoptado las medidas necesarias para impedir impactos adversos o no han puesto en marcha mecanismos para ponerles fin una vez que han tenido lugar y como consecuencia de este incumplimiento, se ha producido un impacto adverso que debería haberse identificado, impedido, mitigado, puesto fin o minimizado mediante las medidas apropiadas⁵².

El régimen de responsabilidad no regula quién debe probar que la actuación de la empresa fue razonablemente adecuada en las circunstancias del caso, por lo que esta cuestión se deja a la legislación nacional.

21. Pero lo más importante es que en la Propuesta no se hace referencia alguna a cómo se van a eliminar las importantes barreras legales que impiden a las víctimas llevar ante la justicia los casos de abusos empresariales que se producen fuera de la Unión Europea. Cuestión que sí abordaba el Parlamento Europeo en

⁵⁰ A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁵¹ En palabras de la Plataforma por Empresas Responsables, *vid.* [<https://empresas-responsables.org/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-em-presarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>].

⁵² *Vid.* A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia...”, *loc. cit.*, p. 15, respecto de las diferencias de esta cuestión con la propuesta de Directiva presentada por el Parlamento Europeo.

su Propuesta, proponiendo modificaciones tanto en el Reglamento que regula la competencia judicial internacional como en el que regula la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual.

III. EL PAPEL DEL DIPR. PARA HACER EFECTIVA LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y TRANSNACIONALES

1. Consideraciones preliminares

22. Sin duda, por la entidad de empleados y por el volumen de negocios que deben tener las empresas a las que se va a aplicar esta normativa, ésta está especialmente dirigida a las empresas multinacionales o grupos de empresas y a las empresas transnacionales⁵³. El paso dado es cualitativo, puesto que supone romper con los principios de personalidad jurídica propia y de responsabilidad patrimonial separada, acuñados a fuego por el Derecho mercantil, abogando por el deber de vigilancia y el control de dirección para buscar la responsabilidad última y efectiva, lo que implica un giro radical en la conformación de las responsabilidades en los grupos de empresas, que tiene un significado muy importante para lograr la consecución del respeto a los Derechos humanos por parte de las grandes empresas multinacionales y transnacionales, sobre todo a la hora de poder materializar la responsabilidad civil por el daño causado⁵⁴.

⁵³ Explico la diferencia entre empresas multinacionales y transnacionales en A. Durán Ayago, "Sobre la responsabilidad de las empresas...", *loc. cit.*, p. 331.

⁵⁴ Son cada vez más numerosos los trabajos que abordan esta cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Sin ánimo de exhaustividad, destaco los siguientes: J.J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas, *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017; M. Álvarez Torné, "El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de Derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *REDI*, vol. LXV, nº 2, 2013, 2, pp. 157–190; L. García Álvarez, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2016; Id, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, , 2016; *id*, "Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 548–583; Id., "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30, 2015; D. Iglesias Márquez / S. V. Ascencio Serrato, "Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria", *Revista catalana Dret ambiental*, vol. V, nº 1, 2014, pp. 1–40; J. L. Iriarte Ángel, *Negocios internacionales y Derechos humanos*, Lección Inaugural del curso académico 2016/2017, Universidad Pública de Navarra, 2016; M. C. Marullo / F. J. Zamora Cabot (eds.), *Empresas y Derechos humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; A. Pigrau Solé / M. Álvarez Torné / A. Cardesa-Salzmán / M. Font i Mas / D. Iglesias Márquez / J. Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016, accesible en [http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf], consultado el 27 junio 2022; F.J. Zamora Cabot, J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las*

23. Hay que tener en cuenta que en estos casos se suele suceder un patrón. En el ámbito del sector extractivo, las empresas multinacionales suelen tener filiales que desempeñan su actividad en Estados con importantes recursos naturales, pero que son débiles institucionalmente hablando, lo que implica que la tradicional *lex loci delicti commissi*, anudada en estos casos también a la *lex damni*, no suele dar buenos resultados. Tampoco en el caso de las empresas transnacionales dedicadas al sector textil que buscan centros de producción en países en que las condiciones laborales tienen un menor coste y en donde los derechos de los trabajadores en algunos casos son prácticamente inexistentes, puesto que la *lex loci laboris* y la *lex damni* también conducen a la aplicación de la legislación del Estado menos protector para los trabajadores.

24. En ambos casos, surgen importantes dificultades a la hora de exigir responsabilidad por los daños que estas empresas causen ante las autoridades gubernamentales y judiciales del Estado de acogida, a lo que se une la complejidad jurídica de armar acciones extraterritoriales que vayan bien por la omisión del deber de vigilancia de la empresa matriz, bien se amparen en una especie de jurisdicción universal de carácter civil, como lo ha sido hasta hace bien poco la *Alien Tort Statute* estadounidense, ley federal que otorga competencia a los tribunales federales de Estados Unidos para atender las demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros ante violaciones del Derecho internacional consuetudinario o un tratado internacional que vincule a este país⁵⁵.

25. En el “Informe elaborado por el Parlamento Europeo sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos humanos en terceros países”⁵⁶ se señala la carencia en la Unión Europea de un enfoque holístico con respecto a la responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos humanos y denuncia la indefensión a la que las víctimas de estas violaciones se enfrentan, debido a los múltiples obstáculos que existen para acceder a la justicia, no sólo para hallar una posibilidad real de poder demandar a los responsables últimos del daño que se les haya causado, sino también por los obstáculos procedimentales a la admisibilidad y la divulgación de pruebas, los gastos procesales a menudo prohibitivos y la ausencia de normas claras en materia de responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos

multinacionales por violaciones de Derechos humanos, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2013.

⁵⁵ Vid. F. J. Zamora Cabot, “Kiobel y la cuestión de la extraterritorialidad” en F. J. Zamora Cabot / J. García Cívico / L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales...*, op. cit., pp. 135 ss.

⁵⁶ (2015/2315(INI)) A8-0243/2016, accesible en [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0243+0+DOC+XML+V0//ES>], consultado el 23 junio 2022.

humanos⁵⁷. En el Informe se recuerda que los Estados, actuando en el ámbito de su jurisdicción, tienen el deber de proteger de forma activa los Derechos humanos, también contra las violaciones cometidas por las empresas, incluso si éstas operan en terceros países, lo que implica la necesidad de garantizar a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción una vía efectiva de recurso. Para ello es preciso que los Estados miembros legislen de forma coherente, global, eficaz y vinculante con miras a cumplir su obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los Derechos humanos cometidas por empresas bajo su jurisdicción, incluidas las perpetradas en terceros países.

26. En este sentido, el Parlamento Europeo aboga por la construcción de un corpus legislativo coherente, incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas que impliquen a terceros países. Y alude directamente al Reglamento (UE) 1215/2012, como uno de los principales textos que habría que revisar, por la dificultad que existe con su actual formulación para subsumir acciones efectivas en estos casos, en la idea de introducir las modificaciones necesarias para posibilitarlas⁵⁸. A este respecto, y en el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación CM/Rec(2016)3 sobre Derechos humanos y empresas⁵⁹ propone a sus Estados miembros, como una posible vía para intentar acabar con la impunidad, que permitan que sus tribunales nacionales ejerzan su competencia judicial internacional en casos contra empresas matrices domiciliadas en su jurisdicción, así como contra las filiales domiciliadas en otra jurisdicción cuando las reclamaciones estén estrechamente relacionadas. Orientaciones que el Parlamento Europeo, como vamos a ver a continuación, propone introducir en el Reglamento (UE) 1215/2012.

2. Propuestas de modificación por el Parlamento Europeo

27. En este sentido, cobran interés las recomendaciones que el Parlamento Europeo presentó en marzo de 2021 junto con la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, por las que se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 y del Reglamento Roma II. En concreto, el Parlamento Europeo indicaba que

⁵⁷ Un análisis pormenorizado de estas dificultades puede verse en A. Pigrau Solé, M. Álvarez Torné y A. Cardesa-Salzmán / M. Font i Mas / D. Iglesias Márquez / J. Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas...*, op. cit.; J.J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas, *Human Rights in Business...*, op. cit.

⁵⁸ M. Requejo Isidro, "Access to remedy. Abusos contra Derechos humanos en terceros Estados, ¿justicia civil en Europa", en F. J. Zamora Cabot / J. García Cívico / L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales...*, op. cit., pp. 81 ss.

⁵⁹ [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4]

“... además de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, la Comisión presentará dos propuestas complementarias para modificar el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), respectivamente, teniendo en cuenta el siguiente texto sugerido”.

28. Sin embargo, hasta el momento no tenemos constancia de que estas dos propuestas complementarias se hayan presentado conjuntamente con la Propuesta de Directiva. Probablemente habrá que esperar hasta la evaluación de los dos Reglamentos para comprobar si finalmente se opta por incorporar estas modificaciones⁶⁰. En todo caso, partimos de las propuestas que realizó el Parlamento Europeo para analizar si serían o no suficientes para lograr el objetivo perseguido de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva a las víctimas del daño que puedan causar en terceros Estados las grandes empresas, con empresa matriz domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea, así como la materialización del resarcimiento íntegro.

A) Propuestas de reforma en competencia judicial internacional

29. Centrándonos, en primer lugar, en las reformas que se proponía introducir en lo relativo a las normas de competencia judicial internacional, estas eran en concreto dos: añadir un nuevo apartado, el 5, al art. 8 e introducir un nuevo artículo, el 26 bis, dando entrada a un *forum necessitatis*.

30. En relación con el nuevo apartado del art. 8 Reglamento (UE) 1215/2012⁶¹, la exposición de motivos especificaba que su objetivo es garantizar que a las empresas de la Unión Europea se les pueda exigir responsabilidades por su papel en los casos de vulneración de los Derechos humanos en terceros países, ampliando la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales

⁶⁰ En concreto, el informe de evaluación de la aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012, estaba previsto para el 11 enero 2022 (art. 79). Si atendemos al informe elaborado por B. Hess, “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, *MPILux Research Paper Series*, 2021–4, accesible en [https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4_Reforming_Brussels_1bis_BH.pdf], consultado el 28 junio 2022, esta cuestión no se menciona. Vid. A. Guamán, *Diligencia debida en Derechos humanos...*, op. cit., pp. 132 ss.

⁶¹ La redacción que se proponía para este nuevo apartado era la siguiente: “5) En los asuntos relativos a demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor en el ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, una empresa domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada en el Estado miembro en el que tenga su domicilio o en el que opere cuando el daño causado en un tercer país pueda imputarse a una filial u otra empresa con la que la sociedad matriz mantenga una relación comercial en el sentido del art. 3 de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”.

de los Estados miembros, que podrían tener que decidir sobre casos civiles de índole mercantil contra empresas de la Unión Europea por cuenta de violaciones de los Derechos humanos causadas por sus filiales o proveedores en terceros países. En este último caso, la disposición exige que la empresa mantenga una relación contractual con el proveedor.

31. Lo curioso de este precepto es que el causante directo del daño (filial o proveedor), al no estar domiciliado en un Estado miembro, no podría por esta vía ser demandado conjuntamente con la empresa matriz, lo cual sorprende, sobre todo porque en el art. 8 se contemplan supuestos de vinculación procesal. Este matiz es interesante, porque si lo que se pretende realmente es garantizar que la responsable última del daño causado sea la empresa matriz, domiciliada en un Estado miembro del Reglamento, ya dispondríamos del foro del domicilio del demandado (art. 4), por lo que esta adición al art. 8 no aportaría soluciones.

32. Considero que deberían ir por esta vía las potenciales acciones y, en todo caso, posibilitar que las filiales, aun no estando domiciliadas en un Estado miembro del Reglamento, pudieran ser demandadas conjuntamente con la matriz en el domicilio de esta. Pero, a mi entender, no es esto lo que se conseguiría con la propuesta de modificación que realiza el Parlamento Europeo⁶².

33. En relación con la incorporación de un nuevo artículo, el 26 *bis*, se pretende con él introducir un *forum necessitatis* condicionado a dos elementos, a saber, un riesgo de denegación de justicia en el tercer país en el que se haya cometido la violación de los Derechos humanos y una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro en cuestión⁶³. Esta nueva disposición confiere excepcionalmente competencia judicial internacional a los

⁶² A juicio de M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida", *REDI*, vol. 73, 2021, 1, pp. 342, "este artículo permitiría a las víctimas traspasar el velo corporativo y litigar en el Estado miembro del domicilio de la empresa, o en el que opera, en los casos en que el daño causado en el tercer país pueda imputarse a una filial o a otra empresa con la que la matriz tenga relación comercial".

⁶³ Con el siguiente tenor: "Por lo que respecta a las demandas civiles de índole mercantil sobre violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una sociedad domiciliada en la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro posea competencia judicial en virtud del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, excepcionalmente, conocer del asunto si el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen, en particular: a) si no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiese ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.". De este tipo de foro existen ya ejemplos en el DIPr. europeo, como en el art. 11 del Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones internacionales o en el art. 7 del Reglamento (UE) 4/2009 sobre obligaciones de alimentos.

órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, cuando estos no cuenten con tal competencia con arreglo a cualquier otra disposición del Reglamento (UE) 1215/2012, para decidir sobre las demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los Derechos humanos presentadas contra empresas ubicadas en terceros países, pero dentro de la cadena de suministro de una empresa de la Unión Europea, siempre que los procedimientos no puedan interponerse o llevarse a cabo razonablemente, o resulten imposibles, en ese tercer país con el que el asunto se encuentre estrechamente relacionado. La disposición requiere además que la demanda tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que entienda del asunto⁶⁴. Cabe preguntarse si no es elemento suficiente de conexión que la empresa que ha causado el daño esté enmarcada dentro de la cadena de suministro de una empresa que esté domiciliada en un Estado miembro u opere en la Unión Europea.

34. Quizás este foro estaría más justificado si estuviera abierto a cualquier tipo de violación grave contra los Derechos humanos que se produjera en cualquier parte del mundo o por cualquier empresa, buscándose en ese caso obtener una justicia que en otros Estados no se puede obtener, en una especie de jurisdicción universal como lo era la *Alien Tort* norteamericana. Si se formulara en estos términos, el foro sería de una gran utilidad y se correspondería con la visión que pretende dar la Unión Europea de garante de los Derechos humanos frente a las grandes empresas. En estos momentos, como digo, la operatividad de este foro sería nula, puesto que el foro del domicilio del demandado podría desplazarlo.

35. Si focalizamos nuestra atención en los contratos de trabajo⁶⁵, cuando éstos traspasan la barrera de lo razonable, cuando nos encontramos antes condiciones laborales de esclavitud, ante el trabajo infantil, cuando los trabajadores no tienen ninguna protección y las condiciones de trabajo ponen en riesgo su salud⁶⁶, en definitiva, cuando estos contratos vulneran Derechos humanos, en estos casos lo laboral ha de sustituirse por la responsabilidad extracontractual ante el daño causado que en algunos supuestos, además, tiene alcance penal. En estos lindes de la responsabilidad civil, lo importante para el trabajador es encontrar un marco adecuado en el que poder reclamar frente al abuso de la empresa, y si esta tiene su sede en un Estado miembro de la Unión Europea, por más que el trabajo se realice en países terceros, podrá demandarse ante la sede de la empresa, siempre que se logre demostrar que esta no ha actuado conforme a la diligencia debida.

⁶⁴ M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos...", *loc. cit.*, pp. 343, cuestiona la operatividad real de este foro, por la dificultad de demostrar una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro ante el que se presente la demanda.

⁶⁵ J.L. Gil y Gil, "La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global", *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10/2, 2020, pp. 6-70.

⁶⁶ M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos...", *loc. cit.*, pp. 338.

Si se trata de un grupo de empresas, lo importante es que si el trabajador está trabajando para una filial de una empresa europea en un país tercero, se pueda demandar conjuntamente a la empresa matriz y a la filial en el domicilio de la matriz. Se trataría de posibilitar un litisconcorcio pasivo necesario entre una empresa matriz domiciliada en un Estado miembro del Reglamento (UE) 1215/2012 y su filial domiciliada en un tercer Estado. Como hemos apuntado, la propuesta de modificación del art. 8, sin embargo, exigiría que ambas empresas, matriz y filial, estén domiciliadas en un Estado miembro del Reglamento, lo que excluiría de entrada a un buen número de supuestos, puesto que la mayor parte de vulneración de derechos de los trabajadores tiene lugar en terceros Estados, pero de los que son responsables empresas domiciliadas en la Unión Europea. Por tanto, en estos casos, la única solución sería considerar que el art. 4 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia al foro del domicilio del demandado, se podría utilizar siempre que se demostrara a través de la diligencia debida y del control de dirección que es la empresa matriz la responsable última del daño causado al trabajador. Igualmente, también podría aplicarse el art. 7.2º del mismo Reglamento si se logra demostrar que la omisión del deber de diligencia debida es el origen del daño⁶⁷.

Lo apuntado serviría también para los casos de daños causados en terceros Estados por filiales o proveedores de empresas matrices con domicilio en Estados miembros de la Unión Europea, en un contexto genérico, como consecuencia de su actividad empresarial.

36. Para ilustrar lo que sostenemos, vamos a recurrir a varios casos de la jurisprudencia comparada que ya han hecho uso de esta interpretación⁶⁸. En concreto, la sentencia de la High Court de Inglaterra y Gales de 27 mayo 2016 resolvió la demanda presentada por 1.826 aldeanos de las comunidades que viven en torno a las operaciones mineras en el distrito de Chingola (Zambia), por los daños causados en sus tierras por una empresa domiciliada en Zambia, filial de Vedanta Resources, con domicilio en Reino Unido⁶⁹. Los agricultores estaban

⁶⁷ Sobre la interpretación de este precepto en relación con la omisión del deber de vigilancia, *vid.* STJUE 10 marzo 2022, asunto C-498/20.

⁶⁸ *Vid.* desarrollo J.L. Iriarte Ángel, “Los supuestos de contaminación transfronteriza a la luz de los Reglamentos I Bis y Roma II. ¿Es necesario acometer reformas de los instrumentos europeos?”, en F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, *op. cit.*, pp.120–123. En concreto, sobre litigación climática, *vid.* casos expuestos en C. Márquez Carrasco, “Casos ambientales, daños climáticos y responsabilidad corporativa”, F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁶⁹ H. Muir-Watt, “Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2017/4, pp. 613–620; F. J. Zamora Cabot, “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 63, 2020, pp. 33–56.

interesados en que fuera la justicia británica la que conociera, conscientes como eran del poco recorrido que el caso tendría ante los tribunales zambianos⁷⁰.

Respecto de Vedanta, el tribunal justificó su competencia en el foro del domicilio del demandado, al igual que respecto de la filial por ser parte del grupo empresarial y las relaciones financieras, de gestión y dependencia existentes dentro del mismo⁷¹. Interpretación que fue confirmada por el Tribunal Supremo británico⁷² y que se ha mantenido desde entonces, por ejemplo, en la sentencia de 12 febrero 2021 en el asunto *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another*⁷³, en que las comunidades nigerianas ocale y bille del Estado de Rivers demandaron a Royal Dutch Shell Plc, la empresa matriz domiciliada en Reino Unido, y a SPDC, una filial registrada en Nigeria, por los derrames de petróleo producidos en sus tierras. Ambas pudieron ser demandas en Reino Unido como integrantes del mismo grupo empresarial⁷⁴.

37. Otras propuestas, más conservadoras, han venido desde la utilización de las normas internas de competencia judicial internacional en relación con el litisconsorcio pasivo. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de apelación de La Haya de 18 diciembre 2015, en el asunto *Dooh y otros contra R. D. Shell*, empresa con administración central en Holanda, Shell Petroleum D C of Nigeria, con domicilio en ese país y otras filiales de Shell, domiciliadas en Holanda y Reino Unido. Los demandantes nigerianos demandaron a Shell por los vertidos de petróleo que los oleoductos construidos por ésta habían ocasionado en sus tierras. El tribunal holandés se consideró competente respecto de R. D. Shell por estar domiciliada en Holanda, y respecto de las filiales domiciliadas en países miembros de la Unión Europea, aplicó el art. 8 como foro de vinculación procesal. Respecto de la filial domiciliada en Nigeria aplicó sus normas internas de litisconsorcio para demandarlas conjuntamente en Países Bajos⁷⁵.

B) Propuestas de reforma en Derecho aplicable

38. Si importante es hacer accesible y garantizar el recurso a la tutela judicial efectiva a las víctimas de los daños causados por las grandes empresas, no lo es

⁷⁰ [<https://www.industrial-union.org/es/la-justicia-britanica-falla-a-favor-de-examinar-el-caso-de-la-contaminacion-hidrica-por-la-mineria>].

⁷¹ [<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/uk-court-dismisses-vedanta-resources-appeal-allows-claim-of-villagers-over-water-pollution-in-zambia-to-proceed/>>].

⁷² [<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2019/vedanta-resources-plc-y-otro-c-lungowe-y-otros>]

⁷³ [<https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/uksc-2018-0068-judgment.pdf>].

⁷⁴ [<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2021/okpabi-y-otros-recurrentes-vs-royal-dutch-shell-plc-y-otra-demandadas>]; S. Tromans / K. Barnes / A. Boukraa / S. David / N. Helme, “Significant UK Environmental Law Cases 2020–21”, *Journal of Environmental Law*, vol. 33, n° 2), 2021, pp. 10–11.

⁷⁵ Vid. L. García Álvarez, “Daños privados por contaminación en el tráfico externo...”, *loc. cit.*, pp. 548–583.

menos concretar el régimen jurídico que va a regir esa responsabilidad. El Parlamento Europeo es consciente de ello y por eso su recomendación es introducir un nuevo art. 6 bis en el Reglamento Roma II⁷⁶. Con él se pretende ofrecer a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño, que es la que resultaría aplicable en defecto de elección, en virtud del art. 4 del Reglamento. Se trata de favorecer que la ley aplicable corresponda a Estados que cuenten con altos estándares de protección de los Derechos humanos⁷⁷. En concreto, las posibilidades de elección que el Parlamento Europeo sugiere son tres: la regla general, esto es, la ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex damni*), la ley del país en el que ocurrió el suceso que dio lugar al daño (*lex delicti commissi*), o la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, la del país en el que opere.

39.En el cdo. 61 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión se indica:

“A fin de garantizar que las víctimas de daños a los derechos humanos y al medio ambiente puedan interponer una acción por daños y perjuicios y reclamar una indemnización por los daños derivados del incumplimiento por parte de una empresa de las obligaciones de diligencia debida derivadas de la presente Directiva, incluso cuando la ley aplicable a tales reclamaciones no es la ley de un Estado miembro, como podría ser el caso, por ejemplo, de conformidad con las normas de derecho privado internacional cuando el daño se produce en un tercer país, la presente Directiva debe exigir a los Estados miembros que garanticen que la responsabilidad prevista en las disposiciones de la legislación nacional que transpone este artículo es de aplicación obligatoria superior en los casos en que la ley aplicable a las reclamaciones a tal efecto no sea la ley de un Estado miembro”.

Lo que se concreta en el ap. 5 del art. 22, estableciendo la obligación para los Estados miembros de velar por que la responsabilidad prevista en la legislación nacional por la que se incorpore este artículo sea de aplicación obligatoria en los casos en que la ley aplicable no sea la ley de un Estado miembro. En este sentido, se plantea como una especie de ley de policía que estaría integrada por el mínimo de protección que garantiza la Directiva y que sería indisponible para las partes.

⁷⁶ El tenor que se propone es el siguiente: “En el contexto de las demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una empresa domiciliada en un Estado miembro de la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, la legislación aplicable a una obligación extracontractual derivada del daño sufrido será la determinada de conformidad con el art. 4, ap. 1, a menos que la persona que solicite una indemnización por daños y perjuicios opte por basar su demanda en la legislación del país en el que ocurrió el suceso que dio lugar al daño, o en la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, en la del país en el que opere”.

⁷⁷ M. P. Diago, “Violación de Derechos humanos...”, *loc. cit.*, pp. 343.

40. En la actualidad, el Reglamento Roma II señala como regla general, a falta de elección de ley, la *lex damni* (art. 4), a no ser que se trate de daños sobre el medioambiente, en cuyo caso el art. 7 ofrece una regulación específica.

41. La articulación del art. 7, permitiendo elegir a la víctima entre la ley del Estado en que se ha generado el daño y la ley del Estado en que se ha manifestado, ofrece a la víctima, en el concreto caso de un daño causado por una empresa subordinada de una matriz domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea que disponga de normas de diligencia debida, la posibilidad de elegir la ley del Estado de acogida o la ley del domicilio de la empresa matriz, si entendemos que el hecho generador del daño se ha producido en el Estado en que la matriz está domiciliada por una incorrecta aplicación de la normativa del deber de vigilancia. Esta autonomía de la voluntad limitada resulta positiva, porque podrá elegirse el Derecho más eficiente en términos jurídicos desde la perspectiva de la víctima⁷⁸.

42. Esto es lo que se ha hecho, por ejemplo, en el caso *Milieudefensie y Friends of the Earth*, caso iniciado el 5 abril 2019 ante el Tribunal de Distrito de La Haya, contra *Royal Dutch Shell*, empresa energética constituida conforme al Derecho británico y con administración central en La Haya (Países Bajos)⁷⁹. Los demandantes alegaron que Shell infringía el deber de vigilancia conforme al derecho holandés, pues sus emisiones de CO₂ a la atmósfera eran superiores a las permitidas, con lo que estaba contribuyendo al calentamiento global. El 26 mayo 2021 el tribunal holandés condenó a Shell a reducir para el año 2030 un 45 % sus emisiones de CO₂ de todo su grupo de empresas⁸⁰.

43. Los demandantes alegaron que el Derecho aplicable era el holandés, sobre la base del art. 7 RR II. El tribunal sostuvo que las emisiones de CO₂ constituían un daño medioambiental y que el hecho generador del daño eran las directrices que Shell elaboraba para todo el grupo de sociedades. Ello a pesar de que Shell sostuvo que el hecho generador del daño eran en todo caso las emisiones y no sus directrices, lo que hubiera conllevado a que hubiera tantos hechos generadores de daño como lugares donde se produjeran las emisiones. Algo que el tribunal no admitió. Consideró que la posibilidad que ofrece el art. 7 Reglamento Roma II de elegir por parte de la víctima entre la ley del Estado en que se produjo el daño y la ley del Estado en que se produjo el hecho generador

⁷⁸ En sentido crítico a la operatividad real del art. 7, *vid.* E. Álvarez-Armas, “Daños al medioambiente y Derecho internacional privado europeo: ¿quid de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 193–225.

⁷⁹ N. Zambrana-Tévar, “*Milieudefensie v. Shell*: el efecto horizontal de los derechos humanos y las obligaciones medioambientales de las empresas”, en F. J. Zamora Cabot / L. Sales Pallarés / M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, *loc. cit.*, pp. 249–264.

⁸⁰ Rechtbank Den Haag 26-05-2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, accesible en [<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>].

del daño está de acuerdo con el art. 191 TFUE, puesto que de esta manera se eliminan comportamientos oportunistas de los operadores, que no pueden protegerse de la aplicación de una ley más exigente trasladando sus operaciones a otro país. Justamente es esto lo que persigue el art. 7, según se especifica en el Cdo. 25⁸¹, fundamentado en el *favor laesi*.

44. Sin embargo, en el caso de que nos hallemos ante otro tipo de daños diferentes a los medioambientales, el art. 4 daría como solución aplicar la ley del Estado de acogida, que no suele ser la más idónea en estos casos, por lo que más atrás ya hemos analizado. En este escenario, cabrían dos hipótesis de resolución⁸²: bien considerar la cláusula de excepción que contempla el último apartado del art. 4, teniendo en cuenta que el litigio está estrechamente vinculado con el Estado donde está domiciliada la empresa matriz, pues el daño causado emana de una incorrecta aplicación del deber de vigilancia al que está obligada, o bien apelar al art. 9 del Reglamento Roma II, considerando el deber de vigilancia como una norma de policía. En el primer caso, se aplicaría el Derecho de responsabilidad del Estado del domicilio de la matriz en su conjunto, mientras que, en el segundo, recurrir a la articulación del deber de vigilancia como ley de policía, supondría la necesaria coordinación de la ley del Estado del domicilio de la empresa matriz y la ley del Estado de acogida donde ha tenido lugar el daño, lo que complicaría a la postre la solución final.

45. Esta podría ser una solución derivada de una interpretación posible del contexto actual que tenemos. Pero no está de más exigir cambios que desde el sistema europeo de DIPr. acompañen al cambio que necesariamente se está produciendo paulatinamente en los derechos materiales, exigiendo de manera vinculante a las empresas compromisos reales con el respeto a los Derechos humanos. En este sentido, la propuesta que planteó el Parlamento Europeo es interesante porque permite a la víctima elegir de entre las diferentes leyes relacionadas con el asunto, cuál considera que mejor representa sus intereses. Se trataría de una *better law* que apuntalaría los derechos de los afectados por las actividades llevadas a cabo por las empresas contrarias a los Derechos humanos.

46. El que el Parlamento Europeo aluda en su recomendación a la posibilidad de elegir la ley del domicilio de la empresa matriz está en sintonía con la idea de que es necesario que la responsabilidad social de la empresa figure enmarcada

⁸¹ Del siguiente tenor: “En cuanto a los daños medioambientales, el art. 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional”.

⁸² Vid. interesante argumentación sobre ambas posibilidades en E. Pataut, “Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé”, *Droit Social*, nº 10, 2017, pp. 838–839.

dentro de su estatuto jurídico⁸³. Proponer su desmembración, indicando que sea una ley diferente de la *lex societatis* la que la regule, supone, de alguna manera, considerar esta cuestión como ajena a la propia empresa. Y esto, a mi juicio, es un error. Otra cosa es que la obligatoriedad de su contenido, impuesta por el Estado o por la Unión Europea, llegado el momento, exija una articulación adecuada, de manera que el concepto de la autonomía de la voluntad de los socios en la conformación de la personalidad jurídica de la empresa no determine únicamente esta cuestión. Bastaría con establecer la obligatoriedad de un mínimo de exigencia en el respeto a los Derechos humanos, de manera que se indique que todas las empresas con sede estatutaria o sede real en un determinado Estado están obligadas a respetar ese mínimo, con independencia de que la *lex societatis* determine un nivel de responsabilidad social mayor. No es este el caso, en principio, de la Ley francesa, pues el legislador ha decidido limitar el ámbito de aplicación de esta Ley únicamente a las empresas que tengan sede social en Francia y cumplan con los requisitos que ya apuntamos. Pero sí va en esta dirección la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea. La idea sería poder extender el nivel mínimo de exigencia en materia de responsabilidad social a todas aquellas empresas que realmente operen en un determinado Estado, en tanto norma de imperativo cumplimiento. De esta manera, el Estado en que la sociedad opere marcaría su política vinculante en el respeto a los Derechos humanos, sin perjuicio de que la *lex societatis* pudiera fijar un nivel de compromiso superior.

47. Considero, en consecuencia, que la conjugación de lo propuesto por el Parlamento Europeo (introducción art. 6 bis RR II), conjuntamente con lo dispuesto en el art. 22.5º de la Propuesta de Directiva supone un buen punto de partida.

48. Una vez configurada la responsabilidad social de la empresa, es obvio que todo puede resultar más sencillo de articular, incluso respecto de los grupos de empresas, puesto que, si las filiales de estas empresas causan un daño, directamente podría remitir a la *lex societatis*, que va a ser la que establezca obligaciones para el grupo. De manera que la *lex damni* se transustanciaría en la *lex societatis*, como ley real para exigir y regular la responsabilidad. La ley del lugar en donde ha ocurrido el hecho dañoso realmente se convertiría en secundaria. Se rompería el factor de desprotección y haría que todas las empresas con sede en Estados que implementen con carácter vinculante políticas de responsabilidad social empresarial, fueran responsables por los daños causados en cualquier parte del mundo, según el derecho que las regula, que es el único derecho indubitado, con el que están estrechamente vinculadas y del que no pueden escapar. Así, *lex damni* y *lex societatis* se identificarían actuando como

⁸³ A. Durán Ayago, “*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales...”, *loc. cit.*, pp. 183–206.

un poderoso mecanismo para romper la impunidad de los grandes grupos empresariales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

49. Aunque el camino aún no se ha transitado del todo, y no sabemos en estos momentos ni cuánto tiempo se demorará la tramitación definitiva de la Propuesta de Directiva ni si será objeto de cambios relevantes, lo cierto es que nos encontramos en un escenario insospechado hace unos años. El paso dado por la Unión Europea, con el impulso indubitado del Parlamento Europeo, nos sitúa en un marco de al menos un razonable optimismo. Aunque solo sea porque haya comenzado a materializarse la necesidad de establecer normas vinculantes que obliguen a las empresas a desenvolverse en su actuar con diligencia debida en el respeto de los Derechos humanos⁸⁴.

50. Aun tratándose de una Directiva de mínimos, que luego cada Estado podrá ampliar, si así lo decide su parlamento, lo cierto es que es un buen comienzo. El ámbito subjetivo lleva a las grandes empresas que normalmente van a ser empresas que realicen su actividad más allá de un país concreto, y extiende la obligación de desenvolverse con la debida diligencia a toda su cadena de valor, sea donde sea donde esté. En el ámbito del Derecho mercantil internacional, introducir la diligencia debida en los grupos de empresas y en las empresas transnacionales supone dar un giro sobre los dos principios que con carácter general han inspirado el actuar de las empresas: personalidad jurídica propia y responsabilidad patrimonial separada. El objetivo es que la empresa matriz pueda responder por los daños causados por sus filiales. Si esto lo consigue la Directiva, lo que debe venir a continuación es una reforma de las normas europeas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable que garanticen el acceso a la justicia de las víctimas allí donde está radicada la empresa matriz y una vez conseguido esto, lograr que se aplique una ley que sea garantista con los Derechos humanos.

51. Como hemos indicado, en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión no se hace referencia específica a estas cuestiones, más que una alusión genérica a que la exigencia de que exista un mínimo de común indisponible en la transposición de la Directiva en todos los Estados miembros que garantice la operatividad de la misma. La propuesta del Parlamento Europeo, en relación con la reforma del Reglamento Roma II, introduciendo un nuevo precepto que

⁸⁴ Como apunta, V. Brino, “La diligencia debida...”, *loc. cit.*, p. 52, “la diligencia debida puede representar el instrumento normativo que devuelva al sistema y racionalice un modelo económico basado en la pulverización de las responsabilidades y la externalización de los riesgos, reconduciendo a la empresa al compromiso de reducir las amenazas sociales y medioambientales de las que es potencialmente portadora”.

posibilitara a la víctima elegir entre diferentes leyes, nos parece idónea, puesto que va en la misma línea de lo ya regulado por el art. 7 sobre la ley aplicable a los daños medioambientales. Se trata de posibilitar la aplicación de la ley que estando relacionada con el daño, mejor proteja a las víctimas, lo que desde el punto de vista de la justicia material, es un planteamiento de principio irreprochable.

52. En relación con la competencia judicial internacional, ninguno de los dos artículos propuestos por el Parlamento Europeo nos parecen satisfactorios. Respecto del foro de vinculación procesal, porque para que fuera aplicable ambas empresas, matriz y filial, deberían estar domiciliadas en un Estado miembro, y eso, a no ser que se elimine tal limitación, conduciría a hacer del precepto algo inservible. Y respecto del foro de necesidad, porque debería plantearse con más ambición, propiciando la posibilidad de recurrir en el territorio de cualquier Estado miembro por los daños causados en terceros Estados, cuando no sea posible una acción allá donde el daño se haya producido. Habrá que esperar a qué da de sí la tramitación de la Propuesta de Directiva, comprobar finalmente cuáles son sus términos finales, para, a partir de ahí, esperar que las normas de DIPr. se adecuen para hacer efectivos sus planteamientos.

53. Por último, es preciso reseñar que en España también se ha comenzado un procedimiento legislativo, encaminado a lograr una ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades transnacionales⁸⁵. El efecto contagio es obvio. No obstante, a no ser

⁸⁵ En concreto, según se especifica en el texto de la Consulta pública previa Anteproyecto de Ley de protección de los Derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades transnacionales, *vid.* [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf], consultado el 8 marzo 2022, la regulación prevista persigue los siguientes objetivos: – Regular con carácter vinculante y general la obligación de las empresas o grupos transnacionales españoles, y de aquellas empresas con carácter transnacional que operen en el mercado español, de respetar los Derechos humanos y medioambientales en el conjunto de las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor, incluyendo la implementación a lo largo de toda la cadena de mecanismos de diligencia debida, entre ellos la adopción y desarrollo de planes de debida diligencia que contribuyan a prevenir, eliminar, mitigar y/o remediar dichas violaciones. Se garantizará la participación de los sindicatos y las entidades no lucrativas en el desarrollo, implementación y supervisión de las medidas antedichas. – Aportar seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados y evitar prácticas de competencia desleal que afecten a las empresas españolas que aplican estándares rigurosos de respeto de los Derechos humanos y ambientales. Regular un sistema de infracciones y sanciones para las empresas que incumplan las obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y ambientales y de los mecanismos de diligencia debida establecidos en el primer párrafo, garantizando el acceso a la justicia de cualquier persona afectada por dichas actuaciones para exigir el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. – Garantizar el acceso a la justicia para reclamar la reparación efectiva a todas las personas o comunidades que hayan sido víctimas de violaciones de Derechos humanos y ambientales derivados de las actividades realizadas por las anteriores empresas en el conjunto de sus cadenas de suministro. Deberá garantizarse que los sindicatos y las entidades no lucrativas puedan emprender acciones colectivas en nombre de las víctimas. – Garantizar el derecho de todas las personas a ser informadas por las empresas mencionadas anteriormente de los riesgos que sus actividades

que la ley española sea ambiciosa en sus postulados, quizás convenga esperar a lo que finalmente dé de sí la Directiva, para no tener que modificar antes de la cuenta esa futura y probable legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Armas, E.: “Daños al medioambiente y Derecho internacional privado europeo: ¿quid de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 193–225.
- Álvarez Rubio, J.J. y Yiannibas, K.: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017.
- Álvarez Torné, M.: “El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de Derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, vol. LXV (2013), 2, pp. 157–190.
- Barreto, H.: “Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral: comentarios a la reciente Resolución del Parlamento Europeo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n° 281, 2021, pp. 21–33.
- Cuzacq, N.: “Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, *Revue de Droit du Travail*, n° 4, 2014, pp. 265–266.
- Daugareilh, I.: “La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne”, *Sociologie du travail*, vol. 51, n° 4, pp. 499–517.
- De Erice Aranda, L.S.: “¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, enero–junio 2022, pp. 473–497.
- Diago, M.P.: “Violación de Derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida”, *REDI*, vol. 73, 2021, pp. 337–344.
- Durán Ayago, A.: “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países. A propósito de la Ley francesa 2017–399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348.
- Durán Ayago, A.: “*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, *Cuadernos de Derecho Deusto*, n° 63, 2020, Bilbao, pp. 183–206.
- Durán Ayago, A.: “Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núms. 91–92, 2022, pp. 1–17.

suponen para los Derechos humanos y el medio ambiente y de las actuaciones orientadas a eliminar dichos riesgos en el marco de los planes de debida diligencia y su desarrollo. – El nombramiento de una autoridad competente, pública e independiente para vigilar el cumplimiento de la ley, sin que en ningún caso la actividad de la misma pueda interferir en el acceso a la justicia para exigir el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma. – Garantizar la implementación de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como la consecución de las metas aprobadas en la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030.

- Fernández Martín, R.M.: “Gobernanza corporativa en la Unión Europea: oportunidades de cambio para un desarrollo sostenible”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 45, 2011, pp. 97–115.
- García Álvarez, L.: *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2016.
- García Álvarez, L.: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.
- García Álvarez, L.: “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 548–583;
- García Álvarez, L.: “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30, 2015.
- Gil y Gil, J.L.: “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10/2, 2020, pp. 6–70.
- Giner, A., “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *Law Harremanak* 19 (2008–II), pp. 67–87.
- Guamán, A.: *Diligencia debida en Derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, 2021.
- Guamán Hernández, A.: “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 88, 2022.
- Hess, B.: “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, *MPILux Research Paper Series*, 2021–4 [https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4_Reforming_Brussels_1bis_BH.pdf].
- Iglesias Márquez, D. y Ascencio Serrato, S.V.: “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria”, *Revista catalana Dret ambiental*, vol. V, nº 1 (2014), pp. 1–40.
- Iriarte Ángel, J.L.: *Negocios internacionales y Derechos humanos*, Lección Inaugural del curso académico 2016/2017, Universidad Pública de Navarra, 2016.
- López Expósito, A.J.: “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?”, *eXtoikos*, nº 13, 2014, pp. 31–36.
- Martín Hernández, M.L.: “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales : la perspectiva de la Unión Europea (1)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14, noviembre, 2021, pp. 1–64.
- Marullo, M.C. y Zamora Cabot, F.J. (eds.): *Empresas y Derechos humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- Moreau, M.A. (ed.): *Dossier spécial Le devoir de vigilance, Droit social*, 2017, pp. 798–805.
- Muir–Watt, H.: “Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2017, pp. 613–620.
- Muñoz de Morales Romero, M.: “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, nº 30, 2020, pp. 948–992.
- Pataut, E.: “Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé”, *Droit Social*, nº 10, 2017, pp. 838–839.
- Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M. Cardesa–Salzmann, A., Font i Mas, M., Iglesias Márquez, D. y Jaria i Manzano, J.: *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016.

- [<http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf>].
- Sanguinetti Raymond W. (dir.): *Comercio internacional, trabajo y Derechos Humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021.
- Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B.: “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–7.
- Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza–Breinbauer, D., Torres–Cortés, F., Alleweldt, F., Kara, S., Salinier, C. y Tejero Tobed, H.: “Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report”, 2020, [<<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>>],
- Tromans, S., Barnes, K., Boukraa, A., David, S. y Helme, N.: “Significant UK Environmental Law Cases 2020–21”, *Journal of Environmental Law*, vol. 33 (2), 2021, pp. 10–11.
- Zamora Cabot, F.J.: “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos : importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 63, 2020, pp. 33–56.
- Zamora Cabot, F.J., García Cívico, J. y Sales Pallarés, L. (eds.): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos humanos*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2013.
- Zamora Cabot, F.J., Sales Pallarés, L. y Marullo, M.C.: *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Recibido: 1 julio 2022
Aceptado: 22 julio 2022

Establecimiento contratante, intermediación y *dumping* social en los contratos de trabajo del transporte internacional

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

SUMARIO: I. Planteamiento. II. *Letterbox companies* en el transporte por carretera: 1. Dinámica de la contratación y nuevas normas. 2. Existencia de lugar de trabajo habitual. 3. Inexistencia de un lugar de trabajo habitual. III. Compañías intermediarias en el sector aéreo: 1. Encaje con el concepto de empresa de trabajo temporal. 2. Existencia de lugar de trabajo habitual. 3. Inexistencia de lugar de trabajo habitual. IV. Agencias de administración de tripulaciones en el sector marítimo: 1. Regulación. 2. Existencia de lugar de trabajo habitual. 3. Inexistencia de lugar de trabajo habitual. V. Conclusiones.

RESUMEN: Los contratos de trabajo de los distintos sectores del transporte internacional se caracterizan por la intermediación en la contratación de los trabajadores. Esto incide sobre la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable por los problemas para identificar al empleador y al establecimiento contratante, y por la relevancia que la intermediación puede adquirir en la conexión de los vínculos más estrechos. En la aplicación de las normas de Derecho internacional privado tendrá que garantizarse una proximidad real, en términos procesales y conflictuales, evitando que la existencia de sujetos interpuestos en la contratación perjudique la protección del trabajador que tratan de asegurar los Reglamentos Roma I y Bruselas I bis.

PALABRAS CLAVE: *LETTERBOX COMPANIES* – COMPAÑÍAS INTERMEDIARIAS – AGENCIAS DE ADMINISTRACIÓN DE TRIPULACIONES – MÚLTIPLES EMPLEADORES – ESTABLECIMIENTO CONTRATANTE – VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS.

Engaging establishment, intermediation and social dumping in international transport labour contracts

ABSTRACT: *Employment contracts in the different sectors of international transport are characterised by the existence of interposed figures in the engagement of workers. This makes it difficult to determine the international jurisdiction and the applicable law due to the problems in identifying the real employer and the engaging establishment, and to the influence this can have through the connection of the closest links. In the application of Private International Law rules, a real proximity in procedural and conflictual terms must be ensured, avoiding the existence of*

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado. Universidad de Oviedo.

interposed entities being detrimental to the protection of workers that the Brussels I Recast and the Rome I Regulations seek to ensure.

KEYWORDS: LETTERBOX COMPANIES – INTERMEDIARY COMPANIES – CREW MANAGEMENT COMPANIES – MULTIPLE EMPLOYERS – ENGAGING ESTABLISHMENT – CLOSEST LINKS.

I. PLANTEAMIENTO

Las relaciones laborales del transporte internacional por carretera, aéreo y marítimo presentan dificultades comunes para la identificación del lugar de trabajo habitual, pero también se caracterizan por la intervención de distintas figuras en la contratación, lo que afecta a la aplicación de los foros y conexiones en los que adquiere relevancia de una u otra forma la figura del empleador¹. Durante los últimos años, se ha extendido la contratación de los conductores mediante *letterbox companies* en el transporte por carretera, y el recurso por las aerolíneas a compañías intermediarias, mientras que la contratación mediante agencias de gestión de tripulaciones era ya una práctica consolidada en el sector marítimo. La intermediación en la contratación puede suponer que en el contrato figure como empleador un sujeto distinto al que realmente se beneficia de la prestación de servicios y ejerce como empleador. Resulta problemática porque puede tener efectos de *dumping* social, al llevar a la aplicación de ordenamientos menos protectores para los trabajadores, o implicar que los trabajadores no cuenten con foros próximos si inician un litigio. En muchas ocasiones una solución paralela en competencia y ley aplicable solo se materializará si existe un lugar de trabajo habitual, el trabajador decide presentar la demanda en ese lugar, y este es el ordenamiento más próximo. Se parte de que la interpretación única de los conceptos de lugar de trabajo habitual y establecimiento contratante, común para los Reglamentos Bruselas I bis (RB Ib)² y Roma I (RR I)³, puede resultar

¹ Cada uno de estos sectores del transporte internacional ha sido objeto de un pronunciamiento del TJUE respecto a la identificación del lugar de trabajo habitual: *Koelzsch* en el sector del transporte por carretera (STJ 15 marzo 2011, asunto C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151), *Voogsgeerd* en el sector del transporte marítimo (STJ 15 diciembre 2011, asunto C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842), y *Nogueira* en el sector aéreo (Sentencia de 14 septiembre 2017, asunto C-168/16, ECLI:EU:C:2017:688). En los tres se interpreta el concepto de lugar de trabajo habitual de la misma forma, cuando actúa como conexión (*Koelzsch* y *Voogsgeerd*), y cuando actúa como foro (*Nogueira*), y se establece que debe emplearse un sistema indiciario para identificar el lugar a partir del cual prestan servicios los trabajadores de estos sectores del transporte internacional.

² Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351/1 de 20.12.2012).

³ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 177/6 de 4.7.2008).

problemática. Ambos conceptos no desempeñan el mismo papel cuando actúan como conexiones y cuando actúan como foros: como conexiones deben servir para garantizar la aplicación de un único ordenamiento, el que se encuentra realmente más vinculado al contrato; como foros constituyen opciones a disposición del trabajador y deben ser eficientes en términos de proximidad procesal.

La respuesta común en competencia y ley aplicable puede quedar excluida tanto si existe como si no existe un lugar de trabajo habitual. Si es posible identificar un lugar de trabajo habitual ese ordenamiento regirá el contrato únicamente si no existe otro Estado que presente mayor vinculación (art. 8.4º RR I). El traslado al sector de la ley aplicable de la interpretación dada por el TJUE al concepto de lugar de trabajo habitual implica el empleo de dos sistemas indiciarios, uno para la identificación del lugar de trabajo habitual y otro en los vínculos más estrechos, lo que obligará a una división no solo compleja, sino también posiblemente artificial entre indicios de proximidad⁴.

En competencia, el trabajador podrá demandar ante los tribunales del Estado de ejecución del trabajo, pero contará también con el foro del domicilio del empleador [art. 21.1º.a) RB Ib, y sucursal en la UE (art. 20.2 RB Ib)], con el de los codemandados, siempre que todos se encuentren domiciliados en la UE y que por su vinculación las demandas deban tramitarse conjuntamente (art. 8.1º RB Ib) y, en su caso, podrá utilizar el foro de la sucursal (arts. 7.5º RB Ib). En la elección de uno u otro foro será relevante la proximidad en términos procesales que estos presenten para el trabajador, y debe tenerse en cuenta también la posible aplicación de normas internacionalmente imperativas del foro que puedan resultarle beneficiosas.

Si no existe un lugar de trabajo habitual, las posibilidades de que se excluya una correlación *forum-ius* se incrementan. Pese a la amplitud del concepto de lugar de trabajo habitual este escenario no debe subestimarse. Por la naturaleza de estas prestaciones de servicios, y por la tendencia común a deslocalizar a los trabajadores, con cambios sucesivos del lugar de inicio del trabajo, puede ser imposible identificar un Estado de ejecución

⁴ El TJUE ha interpretado en sucesivos asuntos foros y conexiones individualmente, y de forma paralela para la competencia y la ley aplicable, pero no se ha pronunciado sobre la forma de complementar tales interpretaciones dando lugar a un sistema coherente. *Vid.* en este sentido: I.A. Rodríguez Cardo, “Ley aplicable y competencia judicial en la prestación de trabajo”, en J. García Murcia, A. García Torres (coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Lisboa, Juruá, 2016, pp. 462–463; O. Fotinopoulou Basurko, *Habitualidad vs. temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 154–195.

habitual. En esta situación, el lugar habitual de trabajo se sustituye por el foro/conexión del establecimiento contratante [art. 8.3º RB I y art. 21.1 b) ii) RB Ib] que, precisamente por la intermediación en la contratación, puede presentar poca o ninguna proximidad con la relación laboral.

Sin embargo, que no sea posible identificar un lugar de trabajo habitual no significa que se aplique el foro/conexión del establecimiento contratante⁵. De nuevo, en ley aplicable, la conexión de los vínculos más estrechos cumple la función de garantizar la aplicación del ordenamiento realmente más próximo al contrato, y puede tener el efecto significativo de excluir la aplicación del ordenamiento del establecimiento que contrató al trabajador cuando este no presenta una vinculación real. Por vinculación real ha de entenderse la resultante de una valoración global de elementos relevantes que no hayan quedado fijados de forma fraudulenta o artificial. Que se excluya una orientación material de la conexión de los vínculos más estrechos no implica que pueda ser un medio para la conversión de una ley impuesta por el empleador al margen del art. 8 RB I en la ley aplicable al contrato⁶.

El trabajador dispondrá de la posibilidad de demandar en el Estado del establecimiento contratante, pero, de nuevo, podrá recurrir también al foro del domicilio del empleador y, si se dan las condiciones, podrá utilizar el foro de los codemandados o el de la sucursal. En ocasiones los foros se solaparán,

⁵ El foro/conexión del establecimiento contratante presenta una naturaleza residual por varios motivos: debido al rol explícitamente subsidiario respecto al lugar de trabajo habitual que se le atribuye en los Reglamentos, por la amplia interpretación de que ha sido objeto el concepto de lugar de trabajo habitual por el TJUE, y porque en competencia en ocasiones se solapa con el foro del domicilio del empleador. Generalmente, la extensión del concepto de lugar de trabajo habitual se considera protectora para los trabajadores, por ser el foro del establecimiento contratante fácilmente manipulable para el empleador y porque es habitual que resulte poco significativo en términos de proximidad. Como foro, constituye solo una opción para el trabajador, mientras que, en ley aplicable, en todo caso, puede prevalecer el ordenamiento jurídico de otro Estado, y la presunción de mayor proximidad del Estado en el que se localice debe decaer en caso de que este no sea realmente el Estado más vinculado con la relación laboral. La relevancia de esta conexión pervive, en muchos casos, por la posibilidad de que, ante la inexistencia de un lugar de trabajo habitual, el ordenamiento del establecimiento contratante se convierta en la referencia a partir de la cual se identifican vínculos de proximidad con otro ordenamiento diferente en virtud del art. 8.4º RR I. Por ello, la aplicación del ordenamiento del establecimiento contratante se considera como una opción más teórica que real en muchos casos. *Vid.* U. Grušić, "Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place of Business' Be Abolished in European Private International Law?", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 62, nº 1, 2013, pp. 173–192.

⁶ La conexión fue interpretada en la STJUE 12 septiembre 2013, asunto C-64/12 – *Schlecker* (ECLI:EU:C:2013:551). El TJUE excluyó la posibilidad de una aplicación materialmente orientada de la misma y se establecieron algunas circunstancias que pueden actuar como indicios de mayor proximidad. La aplicación de la conexión puede jugar tanto a favor como en contra del trabajador, pues esta solo persigue la aplicación del ordenamiento más próximo al contrato. No obstante, la selección de los indicios continúa siendo clave, y la interpretación del TJUE no es incompatible con una posible función *antidumping* de la conexión en la práctica.

conduciendo a la competencia del mismo Estado miembro: la condición de empleador y de establecimiento contratante puede concurrir en el mismo sujeto, reduciéndose los foros disponibles para el trabajador.

En cuanto al régimen del desplazamiento temporal de trabajadores⁷, difiere en cada uno de los sectores: se excluye la posibilidad de desplazar al personal navegante en el transporte marítimo⁸, se somete a normas específicas en el sector del transporte por carretera⁹, y se rige por las normas generales de las Directivas de desplazamiento en el sector aéreo¹⁰. Como es sabido, la situación de desplazamiento implica que la ley aplicable al contrato permanece inmutable, al establecerse una ficción de habitualidad en el Estado de origen, pero se impone la aplicación del núcleo duro de condiciones laborales del Estado de acogida como norma de policía, alterándose temporalmente el régimen del contrato. El trabajador contará con un foro complementario, pues podrá demandar en el Estado de acogida siempre que el objeto de la demanda sea una de las materias del núcleo duro. Como se verá, tanto en el transporte por carretera como en el transporte aéreo, los falsos

⁷ Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18/1 de 21.1.97); Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 173/16 de 9.7.2018); y Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DO L 159/11 de 28.5.2014).

⁸ Art. 1.2ª Directiva 96/71/CE. No obstante, ha de tenerse en cuenta la existencia de una disposición específica para los trabajadores que prestan servicios en el contexto del cabotaje marítimo, contenida en el art. 3 del Reglamento 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DO L 112/10, versión consolidada de 01.07.2013).

⁹ Directiva 2020/1057 de 15 julio 2020 por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento 1024/2012 (DO L 249/49 de 31.7.2020).

¹⁰ Sin embargo, los problemas de aplicación del concepto de lugar de trabajo habitual implican que resulte también muy complejo identificar las situaciones en las que estos trabajadores pueden considerarse temporalmente desplazados, por lo que se ha planteado la necesidad de introducir normas específicas. Vid. R.M. Rodríguez Romero, *La liberalización del sector aeronáutico y su impacto sobre las relaciones laborales individuales del personal a bordo de aeronaves* (tesis doctoral), Universidad del País Vasco, 2021, pp. 292-331. Dificultades compartidas en el sector ferroviario, no abordado en el presente trabajo, en el que también se han planteado problemas para la identificación de las situaciones de desplazamiento. Vid. STS 19 diciembre 2019, asunto C-16/18 – *Dobersberger* (ECLI:EU:C:2019:1110); O. Fotinopoulou Basurko, “¿Inaplicación de la Directiva de desplazamiento a los trabajadores del tren Eurostar?: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 diciembre 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 56, 2020 (paginación electrónica).

desplazamientos constituyen una práctica fraudulenta que, además, puede llegar a tener incidencia sobre la determinación de la ley aplicable.

La contratación de los trabajadores mediante *letterbox companies* o empresas buzón implica que una sociedad ficticia, sin capacidad real, por tanto, para celebrar tales contratos, asume formalmente el rol de empleador. Cuando la contratación se efectúa mediante sociedades intermediarias se parte de la existencia de una relación triangular en la que dos sujetos –intermediaria y aerolínea– pueden asumir el estatus de empleador. Las agencias de administración de tripulaciones, por su parte, pueden llegar a ser consideradas como empleadoras de los trabajadores marítimos en solitario. La intervención de estas figuras en la contratación implicará que en ocasiones tenga que prejuzgarse el fondo del asunto, y deberá emplearse una interpretación autónoma de los conceptos en los que se basan foros y conexiones que responda a su objetivo y naturaleza. En la interpretación de tales foros y conexiones se impone la obligación de garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la UE de las sociedades empleadoras, aunque en ocasiones también se visibilizan ciertos límites impuestos al *dumping* social.

El análisis se efectuará a partir de la distinción entre situaciones en las que existe un lugar de trabajo habitual y situaciones en las que no es posible identificar tal lugar. Esta circunstancia es determinante tanto en el sector de la ley aplicable como en el de la competencia, y también, en buena medida, de la relevancia que puede adquirir la intermediación en la contratación. En los dos escenarios se comenzará analizando la determinación de la ley aplicable, para posteriormente analizar la competencia. Se parte de que el que el régimen del contrato debe conocerse desde el inicio de la relación laboral, independientemente de que posteriormente llegue a plantearse un litigio, y se pretende evidenciar la distinta relevancia que la intermediación puede adquirir el ámbito de la ley aplicable y en el de la competencia.

II. *LETTERBOX COMPANIES* EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA

1. *Dinámica de la contratación y nuevas normas*

Las empresas de transporte crean filiales sin estructura ni actividad reales en Estados miembros con inferiores costes laborales, sociales y fiscales¹¹. Estas sociedades contratan a los conductores, que posteriormente

¹¹ Vid. K.E. Sørensen, “The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market”, *Common Market L. Rev.*, vol. 52, n° 1, 2015, pp. 85–117; J. Carrascosa González, “Sociedades

trabajan en otros Estados miembros y suelen realizar las mismas rutas que la matriz ya venía cubriendo previamente. En algunos casos se transfieren los contratos de trabajo de trabajadores nacionales, previamente existentes, de una sociedad a otra¹², mientras que en otros se contrata a nuevos trabajadores, domiciliados en el Estado de la *letterbox*. Se introduce una sociedad interpuesta en la contratación de los trabajadores, en un uso fraudulento de la libertad de establecimiento en la UE, con el único fin de reducir los costes derivados de los contratos de trabajo. Las empresas buzón actúan, *de facto*, como empresas de trabajo temporal (ETT), pues se dedican exclusivamente a la búsqueda, gestión y aprovisionamiento de trabajadores, pero sin los límites –mayores o menores– impuestos por el ordenamiento europeo y por el correspondiente ordenamiento nacional a las ETT¹³.

Las *letterbox companies* o empresas buzón han de distinguirse de las sociedades deslocalizadas. Hablamos de sociedades deslocalizadas cuando la empresa de transporte traslada su domicilio social, o crea una filial, con el fin –también– de aprovechar los costes inferiores de otro Estado miembro, pero la sociedad sí cuenta con estructura y actividad reales. El aprovechamiento de la libertad de establecimiento con estos fines, como es sabido, no se considera ilícito en el Derecho de la UE, aunque sí se encuentra sujeto a ciertos límites¹⁴. Por ello, se ha de partir de que el rol de las

fantasma y Derecho Internacional Privado”, *REEL*, nº 27, 2014 (paginación electrónica); P. Šimurková, M. Poliak, “Identification of Letterbox Companies in the Road Transport Sector”, *Transportation Research Procedia*, vol. 40, 2019, pp.1184–1191. Generalmente las *letterbox companies* se crean en Estados miembros del este de Europa, pero también existen casos de sociedades constituidas en Estados miembros “privilegiados”, pero con menores niveles de protección para los trabajadores que los Estados de la matriz.

¹² Cf. A. Lo Faro, “Posting from a Letterbox: Transnational Mobility of Workers, Social Dumping and the Economic Fundamental Freedoms’ veil”, A.-C., Hartzén, A. Iossa, E. Karageorgiou (eds.) *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe. Constitutional Tensions for EU Integration*, UK–USA, Elgar, 2022, p. 25.

¹³ Cf. A. Riesco-Sanz, J. García López y M.M. Maira Vidal, *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*, Albacete, Bomarzo, 2018, p. 40; K. McGauran, *The Impact of Letterbox-type Practices on Labour Rights and Public Revenue*, ETUC, 2016, p. 36. En efecto, en ocasiones la situación en los falsos desplazamientos por medio de empresas buzón no difiere en gran medida de la de los desplazamientos efectuados por ETT de Estados miembros poco exigentes en sus regulaciones para el establecimiento de las ETT. Vid en este sentido Ó. Contreras Hernández, “Empresas buzón y *forum shopping*: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol.10, nº 2, 2022, pp. 43–65.

¹⁴ Cf. M. Llobera Vila: “La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 560; “Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 10, nº 2, 2022, pp. 36–37. En la Sentencia de 15 julio 2021, asuntos acumulados C152/20 y C-218/20 – *SC Gruber Logistics* (ECLI:EU:C:2021:600) el TJUE se pronunció sobre dos casos que, a falta de más datos, bien podrían encajar tanto en una situación como en otra: conductores rumanos, contratados por

sociedades deslocalizadas y el de las empresas buzón en la aplicación de las normas laborales de DIPr es diferente. Las sociedades deslocalizadas pueden ser el establecimiento contratante o las empleadoras al determinar la ley aplicable y la competencia cuando realmente han actuado como tal¹⁵. En cambio, ha de excluirse directamente la posibilidad de que las empresas buzón puedan asumir la condición de establecimiento contratante o de empleadoras, pues no puede existir un vínculo laboral genuino¹⁶, aunque formalmente hayan asumido tal condición¹⁷.

Con el Reglamento 2020/1055¹⁸ se introdujeron nuevas normas, incrementándose los requisitos para que se considere que el transportista

sociedades rumanas a los que se aplicaba la legislación rumana, pese a que sus Estados de ejecución habitual del trabajo eran Italia y Alemania. *Vid.* N. Marchal Escalona, “La autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los contratos laborales en el sector del transporte por carretera”, *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 14, 2021, pp. 50–67; O. Contreras Hernández, “Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?”, *RDCE*, n.º 69, 2021, pp. 601–650; A. Junker, “Rumänische Lastwagenfahrer in Italien und Deutschland – Anwendbares Recht und Mindestlohn”, *EuZA*, n.º 1, 2022, pp. 64–73.

¹⁵ Cuando se trata de filiales deslocalizadas cabría sostener una responsabilidad laboral de la matriz en casos de plantilla única del grupo multinacional, de prestación única, o de apariencia del grupo como tal o de la sociedad dominante como empleadores *de facto*. No existe certeza sobre si en estas situaciones debe determinarse la ley aplicable conforme al art. 8 del Reglamento Roma I, o si debe aplicarse el Reglamento Roma II, porque la matriz formalmente no es parte en el contrato. Un desplazamiento temporal del trabajador para prestar servicios para la matriz en el Estado de destino podría colocar a esta en una posición que permita atribuirle responsabilidad laboral. Si la filial deslocalizada ha actuado como empleadora en solitario, no cabría invocar una responsabilidad laboral, pero sí podría existir una responsabilidad societaria de la matriz por la dependencia funcional de la filial o por el control ejercido sobre esta. *Cf.* Á. Espiniella, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 312–317.

¹⁶ *Cf.* M. Llobera Vila, “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 108, 2011, p. 119.

¹⁷ Diferenciar entre unas y otras evidentemente no siempre es sencillo, pues se trata de un fenómeno propio de grupos multinacionales, y en ocasiones las *letterbox* tienen cierto grado de estructura organizativa. *Cf.* M. Llobera Vila “Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias”, *loc. cit.*, p. 37.

¹⁸ Reglamento (UE) 2020/1055 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 julio 2020, por el que se modifican los Reglamentos (CE) 1071/2009, (CE) 1072/2009 y (UE) 1024/2012 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector del transporte por carretera (*DO* 249, de 31 julio 2020). El Reglamento 2020/1055 ha modificado el art. 5 del Reglamento 1071/2009, incrementando las condiciones para que exista un establecimiento real, sucintamente: tener locales en los que se tenga acceso a los originales de los documentos principales de la empresa y en particular los relacionados con los contratos de trabajo; ejercer efectiva y permanentemente sus actividades administrativas y comerciales en ese local; organizar la actividad de su flota de vehículos desde ese establecimiento (garantizando que los vehículos regresan a uno de los centros de operaciones en dicho Estado miembro en un plazo de ocho semanas desde que salieron de él); estar inscrita en el registro de sociedades mercantiles de ese Estado miembro; tributar por sus ingresos en ese Estado miembro; disponer de uno o más vehículos matriculados o puestos en circulación y autorizados para ser utilizados con arreglo a la legislación de ese Estado miembro; dirigir efectiva

ejerce una actividad real y genuina en el Estado miembro de establecimiento¹⁹. Las empresas buzón quedarían directamente excluidas, pues por su propia definición no cumplen ninguno de los requisitos. En cuanto a las sociedades o filiales deslocalizadas, estas exigencias implican que no solo deben ejercer una actividad real, sino que deben cumplir esos concretos requisitos. Es decir, incluso aunque la sociedad desarrolle una actividad real, puede no encontrarse válidamente establecida si no cumple las condiciones del Reglamento. Algunas de las nuevas exigencias tienen implicaciones sobre la determinación de la competencia y la ley aplicable porque se vinculan Estado de establecimiento y de inicio del trabajo de los conductores²⁰. Ha de tenerse en cuenta que en ocasiones el Estado a partir del cual el conductor presta servicios es el Estado de la matriz, mientras que la *letterbox* o la filial deslocalizada que contratan al conductor se encuentran en otro Estado miembro, y estas últimas pueden llegar a ser el único elemento transfronterizo de la relación laboral.

El fraude de los falsos desplazamientos se encuentra ligado a la contratación mediante empresas buzón. En muchos casos, el objetivo perseguido con la constitución de una *letterbox* es precisamente crear un Estado de origen artificial con el fin de desplazar temporalmente a los conductores. Se aplica el núcleo duro de condiciones de trabajo del Estado de acogida, pero los efectos más perniciosos se encuentran en el ámbito de la Seguridad Social, en el que el principio del Estado de origen rige plenamente durante dos años²¹.

Con la Directiva 2020/1057 se introdujeron normas propias para el desplazamiento en el sector del transporte por carretera respecto a concretos aspectos de las Directivas de desplazamiento que, en principio, siguen siendo aplicables en lo no previsto en la Directiva 2020/1057²². Las

y permanentemente sus operaciones de transporte para las que se utilizan esos vehículos desde ese establecimiento; y disponer de un número de vehículos adecuado y de conductores cuya base se encuentre normalmente en un centro de operaciones de ese Estado miembro.

¹⁹ Vid. K.E. Sørensen, *op. cit.*, pp. 100–102. Como señala el autor, las dificultades se han encontrado en la aplicación de los requisitos y en la ejecución del control previsto en el Reglamento 1071/2009.

²⁰ Estos requisitos de establecimiento se corresponden con algunos de los indicios establecidos por el TJUE para la identificación del lugar a partir del cual los conductores prestan servicios. Vid. M. Llobera Vila, “Nuevas normas sobre desplazamiento transnacional de trabajadores en el transporte por carretera: ¿En qué consiste un centro de explotación?”, en J.M. Miranda Boto (dir.), *El Derecho del trabajo ante el Tribunal de Justicia*, Madrid, Cinca, 2018, pp. 165–180.

²¹ Art. 12.1^o del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166/1 de 30.4.2004). Cf. A. Lo Faro, *op. cit.*, p.29

²² La Directiva 2014/67/UE introdujo nuevas exigencias de control y requisitos administrativos y, en particular, normas específicas para garantizar que la empresa lleva a cabo actividades sustantivas en el Estado de origen, con el objetivo de evitar los desplazamientos efectuados por empresas buzón (art. 4). Algunos Estados miembros del centro de Europa,

normas específicas –solo– se aplican a los conductores empleados por empresas establecidas en un Estado miembro que celebren un contrato de prestación de servicios con el destinatario del Estado de acogida en el marco de contratas y subcontratas (art.1.2º Directiva 2020/1057)²³. Además, se especifican las situaciones de desplazamiento, pero solo para esta modalidad de desplazamiento²⁴.

Será necesario conocer la diversidad que puedan presentar las normas de transposición de los distintos Estados miembros²⁵. En cualquier caso, las exigencias en cuanto al establecimiento son las relevantes en la lucha contra los desplazamientos fraudulentos: si la empleadora no cumple los requisitos del Reglamento 2020/1055 en el supuesto Estado de origen no debería existir desplazamiento temporal. La concreción de las situaciones de desplazamiento

receptores de trabajadores desplazados, aprovecharon la transposición la Directiva 2014/67/UE para introducir medidas de control exigentes. En este contexto, la aplicación de la Directiva (UE) 2018/957 al transporte por carretera quedó supeditada a la aprobación de normas específicas, que vieron la luz con el “paquete de movilidad” conformado por el Reglamento 2020/1055, la Directiva 2020/1057 y el Reglamento (UE) 2020/1054 por el que se modifica el Reglamento (CE) 561/2006 en lo que respecta a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) 165/2014 en lo que respecta al posicionamiento mediante tacógrafos (DO L 249 de 31.7.2020).

²³ Dos podrían ser las interpretaciones al respecto: se excluye la posibilidad de que los conductores sean desplazados entre sociedades pertenecientes a un grupo de empresas multinacional y por ETT (los otros dos supuestos de desplazamiento previstos en la Directiva 96/71); o bien, los desplazamientos en el seno de grupos de empresas y por ETT siguen admitiéndose, y se regulan por las normas “generales” de la Directivas de desplazamiento. *Vid.* P.K. Chatzilaou, “Directive 2020/1057 du 15 juillet 2020 : quelle protection pour les chauffeurs routiers détachés?”, *Droit ouvrier*, nº 874, 2021, pp. 380–381; E. Lafuma, “Directive 2020/1057 : les opérations de transport soustraites au droit dérogatoire du détachement”, *Droit ouvrier*, nº 874, 2021, p. 385; O. Fotinopoulou Basurko, “O desprazamento de traballadores no transporte por estrada na Unión Europea”, *RGDS*, nº 12, 2021, pp. 78–81. En cualquier caso, en la Sentencia de 1 diciembre 2020, asunto C-815/18 – *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (ECLI:EU:C:2020:976), el TJUE parece partir de la aplicación de la Directiva 96/71/CE a los trabajadores del transporte por carretera en todas sus modalidades.

²⁴ La Directiva se perfila como una excepción a las normas generales sobre desplazamiento, limitada a los casos en que existe un contrato de prestación de servicios entre el empleador que envía al conductor y el operador del país de acogida. En esta modalidad solo serán situaciones de desplazamiento las operaciones de cabotaje y de transporte internacional.

²⁵ La Directiva es susceptible de distintas interpretaciones en la correspondiente transposición en los Estados miembros. En España [RD-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057] y Francia (Décret nº 2022-104 relatif aux entreprises de transport terrestre détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national) se han establecido las nuevas situaciones solo respecto a la modalidad de desplazamiento en el marco de contratas, mientras que la regulación previa –general, para todos los sectores– sigue rigiendo las modalidades de desplazamiento de conductores en grupos de empresas y ETT. Algunos Estados miembros afectados por estas prácticas aún no han adoptado actos de transposición de la Directiva.

tiene relevancia en los efectuados por sociedades deslocalizadas que sí cumplen los requisitos de establecimiento en el Estado de origen, pues en ese caso los Estados de destino solo pueden imponer la aplicación de su núcleo duro de condiciones laborales en las concretas situaciones establecidas en la Directiva 2020/1057 y en las Directivas de desplazamiento.

2. Existencia de lugar de trabajo habitual

En caso de que sea posible identificar un lugar de trabajo habitual del conductor, este será, en principio, el que determinará la ley aplicable al contrato, que debería haber regido los derechos y obligaciones de las partes desde su formalización. Con la conexión de los vínculos más estrechos se introduce la posibilidad de que se aplique otro ordenamiento distinto al del Estado de ejecución habitual del trabajo, y también, de que la contratación por la empresa buzón adquiera relevancia en la determinación de la ley aplicable. Los elementos expresamente establecidos por el TJUE como determinantes de la mayor vinculación con otro Estado son el país de tributación de las rentas del trabajo, el de afiliación a la Seguridad Social, y aquel cuyo ordenamiento determinó la cuantía del salario y otras condiciones laborales. A partir de ahí, la apreciación de la relevancia de otras circunstancias y su selección como indicios de proximidad, así como la valoración global de la situación, corresponden al juez.

A priori cabría apreciar una mayor vinculación con el Estado de la *letterbox*, o con el Estado de la matriz. *De facto*, teniendo en cuenta los indicios del TJUE, la relación laboral puede encontrarse más vinculada al Estado de la *letterbox*. Este será el de afiliación a la Seguridad Social, y su legislación habrá determinado asimismo el salario y otras condiciones laborales. La mayor parte de los elementos que indiquen al Estado de la empleadora formal se habrán fijado de forma fraudulenta, exceptuando –en caso de que sean coincidentes– el domicilio del trabajador. Por ello, los indicios expresamente establecidos deberán descartarse o bien identificarse cuáles deberían haber sido los Estados de tributación y de afiliación, y tomar estos como indicios de proximidad. Cuando estos deberían haber sido coincidentes con el Estado de trabajo habitual, las posibilidades de entrada en juego de los vínculos más estrechos quedarían neutralizadas.

Otra solución consistiría en omitir los indicios que han quedado fijados de forma fraudulenta, y valorar únicamente otros elementos no establecidos expresamente. De igual forma, debería omitirse cualquier circunstancia que se derive de la contratación por la empresa ficticia (véase, algunos indicios habitualmente planteados como el lugar de negociación o de conclusión, o el

idioma del contrato). Puede plantearse la toma en consideración de las circunstancias concretas relacionadas con el ejercicio del poder de dirección empresarial (lugar desde el que se emiten las instrucciones²⁶, desde el que se fijan las condiciones de empleo, o desde el que se realiza el seguimiento y control de la relación laboral). Los vínculos más estrechos constituyen la única vía para que el empleador real adquiera relevancia en la determinación de la ley aplicable, y estos elementos apuntarán hacia el Estado de la matriz, única sociedad que habrá actuado realmente como empleadora.

Respecto a la competencia judicial internacional, los Tribunales del Estado de la matriz serán competentes por ser los del domicilio de la empleadora. No obstante, no debe negarse la posibilidad de mantener la apariencia formal de empleadora de la empresa buzón si beneficia al trabajador. El foro del domicilio de los codemandados permitirá al trabajador presentar la demanda contra la empresa buzón y la matriz en el Estado miembro en el que cualquiera de las dos se encuentre domiciliada. La vinculación exigida se da por existir un empleador ficticio (la *letterbox*) y un empleador oculto (la matriz), que no aparece en el contrato pero con el que verdaderamente se mantiene la relación laboral²⁷. El trabajador podría demandar a ambas sociedades hasta en tres Estados: el de trabajo habitual, el de la *letterbox* y el Estado de la matriz²⁸. Esta opción puede resultar especialmente valiosa cuando el trabajador se encuentra domiciliado en el Estado de la *letterbox*, pues podría demandar a ambas sociedades en el Estado que previsiblemente le resulta más próximo.

3. Inexistencia de un lugar de trabajo habitual

Cuando no exista un lugar de trabajo habitual, entrará en juego el establecimiento contratante, interpretado en el asunto *Voogsgeerd*, en el que el TJUE estableció que ha de tratarse de una estructura estable, con o sin personalidad jurídica, vinculada al contrato de trabajo por su celebración. Asimismo, se estableció que para la identificación del establecimiento que

²⁶ Cf. O. Deinert, *International labour law under the Rome Conventions*, Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2017, p.159.

²⁷ Cf. Á. Espiniella, *op. cit.*, p. 468. Vid. STJUE 16 julio 2020, asunto C-610/18 – *AFMB y otros* (ECLI:EU:C:2020:565), en la que se aborda la identificación del empleador en los contratos de trabajo del transporte por carretera en el ámbito de la Seguridad Social.

²⁸ Cabría plantearse la aplicación del foro del art. 7.5 RB Ib, partiendo de que la *letterbox* en realidad habrá actuado como una sucursal o establecimiento secundario de la matriz. Debería omitirse que la *letterbox* tiene personalidad jurídica y, como tal, no encaja en el concepto de sucursal, y que no cumplirá el requerimiento de encontrarse materialmente equipada para poder negociar con terceros sin que estos deban dirigirse a la matriz. En cualquier caso, el foro de la sucursal presenta un difícil encaje, y no incrementaría las opciones del trabajador.

contrató al trabajador solo pueden tenerse en cuenta las circunstancias relacionadas con la formalización del contrato²⁹, siendo –en principio– indiferente qué establecimiento haya ejercido el poder de dirección empresarial. Se admite que la condición de establecimiento contratante pueda atribuirse a una sociedad que no ejerce como empleadora. En el ámbito de la competencia esta interpretación formal permite que se respete el ámbito de aplicación propio del foro del domicilio del empleador, y provee de más foros al trabajador cuando empleador y establecimiento contratante no son coincidentes. En ley aplicable implica que las circunstancias relacionadas con la sociedad que ejerce verdaderamente como empleadora solo puedan canalizarse en los vínculos más estrechos.

La atribución de la cualidad de establecimiento contratante a la *letterbox* debería descartarse directamente. Además, la interpretación en el asunto *Voogsgeerd* permite atribuir la condición de establecimiento contratante a la sociedad matriz, porque la *letterbox* habrá actuado por cuenta de esta y existirá una situación real diferente a la que se desprende el contrato³⁰. Sin embargo, en ley aplicable la consideración de la matriz como establecimiento contratante solo actuará como presunción de mayor proximidad y, de nuevo, si existe otro Estado más vinculado, deberá aplicarse ese otro ordenamiento. Igualmente, deberán omitirse todos los elementos que hayan quedado fijados de forma fraudulenta o artificial, es decir, todos los derivados de la intervención de la *letterbox* en la contratación. La toma en consideración de los indicios relativos al poder de dirección empresarial actuaría como refuerzo de la presunción de mayor proximidad del Estado de la matriz. La aplicación del ordenamiento del Estado de la matriz como establecimiento contratante quedaría supeditada a la “verificación” de que este Estado es el que realmente presenta mayor proximidad por medio de los vínculos más estrechos³¹.

En competencia, la matriz acapararía la condición de empleadora y de establecimiento contratante. El art. 8.1º RB Ib, de nuevo, constituiría una solución satisfactoria, y permitiría una combinación de favorable para el trabajador, que, si se encuentra domiciliado en el Estado de la *letterbox*, podría demandar a ambas sociedades en ese Estado, pero podría aplicarse el ordenamiento del Estado del establecimiento contratante (matriz) en caso de ser el más próximo. Sin embargo, negar la condición de establecimiento

²⁹ Para su identificación debe tenerse en cuenta cuál fue el establecimiento que publicó la oferta de trabajo y realizó la entrevista para seleccionar al trabajador (ap. 50 asunto *Voogsgeerd*).

³⁰ Aps. 64 y 65 asunto *Voogsgeerd*.

³¹ Planteado de otro modo, existen dos excepciones a la aplicación del ordenamiento del establecimiento contratante: si la empleadora formal deja de ser considerada como el establecimiento contratante por haber actuado por cuenta de otra sociedad, y también si existen vínculos más estrechos con otro Estado (*Cf. O. Deinert, op. cit.*, p. 151).

contratante o de empleadora de la *letterbox* carecería de sentido en caso de que favoreciese el trabajador. Que la *letterbox* fuese considerada como establecimiento contratante en la determinación de la competencia podría tener un efecto favorable para el trabajador por el carácter inmutable del foro³². Permitiría al trabajador conservar la posibilidad de demandar en ese Estado miembro, que puede ser el de su domicilio, aunque la *letterbox* ya no exista, lo que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que estas sociedades en ocasiones tienen una existencia muy breve.

III. COMPAÑÍAS INTERMEDIARIAS EN EL SECTOR AÉREO

1. Encaje con el concepto de empresa de trabajo temporal

Las aerolíneas recurren a sociedades que desempeñan todas las funciones en torno a la selección y el reclutamiento del personal de vuelo, y que contratan a los trabajadores. El empleo por medio de compañías intermediarias implica la existencia una relación triangular entre el trabajador, la compañía intermediaria y la aerolínea, en la que la compañía intermediaria debería encajar la noción de ETT de la Directiva 2008/104/CE³³ y de la legislación nacional aplicable³⁴.

³² CfO. Deinert, *ibid.*, p. 152.

³³ Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 noviembre 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO L 327/9, de 5.12.2008). Según la Directiva, una ETT es toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, para destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas. El TJUE ha interpretado el concepto de ETT de forma muy amplia. En la Sentencia de 17 noviembre 2016, asunto C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* (ECLI:EU:C:2016:883), se equiparó a la entidad con una ETT por la mera existencia de una cesión, sosteniendo que para aplicar la Directiva 2008/104 únicamente es preciso el encaje en el concepto de trabajador y que la entidad cedente ejerza una actividad económica, aunque no existía un contrato de trabajo entre la entidad cedente y la trabajadora y la cesión no tenía carácter temporal. En estas circunstancias, ante la ausencia de un contrato formalizado con la entidad cedente, no cabría que esta sociedad adquiriese relevancia directa en la aplicación de las normas de DIPr. Cuando la entidad encargada de la selección del trabajador (publicación de la oferta, realización de la entrevista) actúa como mera agencia de colocación y no es la sociedad formalmente contratante, las cualidades del establecimiento contratante se escinden en distintos sujetos. En principio, solo el que figura como empleador formal puede asumir el rol de establecimiento contratante. Las circunstancias relacionadas con la captación del trabajador, en su caso, podrían tenerse en cuenta en la conexión de los vínculos más estrechos.

³⁴ Otras prácticas de las compañías aéreas también pueden considerarse próximas a la intermediación laboral, aunque no se producen alteraciones formales en la figura del empleador. Entre estas destaca el alquiler de aeronaves con tripulación o *wet lease*, en el que la aerolínea

Sin embargo, las extensas funciones asumidas por estas compañías y su vinculación con las aerolíneas contribuyen a que su encaje con el concepto de ETT resulte incierto³⁵: entre los servicios prestados por estas compañías no solo se encuentran los propios de las ETT, y en ocasiones son creadas por las propias aerolíneas, a las que pertenecen, y forman parte de su grupo de empresas. En otras situaciones, aunque su pertenencia al grupo no es manifiesta, su vinculación es evidente, porque contratan a trabajadores en exclusiva para una sola compañía aérea³⁶.

El conocimiento limitado sobre estos aspectos genera una confusión a la que también contribuyen las significativas diferencias en la regulación de las ETT en los Estados miembros. La Directiva 2008/104/CE no supuso la armonización de la regulación de las ETT, y las legislaciones nacionales presentan una significativa diversidad. Los requisitos exigidos para establecerse como ETT y las responsabilidades de los sujetos implicados en la cesión de trabajadores no tienen por qué ser coincidentes³⁷. En cualquier caso, siempre que se trate de sociedades válidamente constituidas como ETT en otros Estados miembros, la obligación de garantizar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios de las ETT en la UE obliga a excluir la posibilidad de negar su condición de empleadoras o cualquier otro efecto en la aplicación de las normas de DIPr³⁸. Para la aplicación de las

arrendadora cede el uso y disfrute de una de sus aeronaves a la aerolínea arrendataria para que esta la utilice por un tiempo determinado (uno o más viajes o un número determinado de millas o kilómetros), a cambio de una contraprestación económica. La aerolínea arrendadora cede la aeronave dotándola total o parcialmente con su propia tripulación, pero en la escasa regulación de esta figura se han omitido las consecuencias que puede tener sobre los contratos de trabajo. Cabe sostener el encaje de esta figura en el desplazamiento temporal de trabajadores si implica una modificación temporal del lugar desde el que el personal de vuelo presta servicios. *Vid.* R.M. Rodríguez Romero, *op. cit.*, pp. 214–238.

³⁵ Los servicios auxiliares, es decir, aquellos que no constituyen el objeto de las ETT –poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados– quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104/CE. Ello no significa que el desempeño de otras actividades no resulte admisible, las ETT pueden prestar servicios auxiliares cuando así lo prevén las legislaciones nacionales.

³⁶ *Vid.* C. Brannigan y otros, *op. cit.*, pp. 22–68.

³⁷ *Cf.* R.M. Rodríguez Romero, *op. cit.*, p. 246; S. Laulom, J.P. Lhernould, “Le détachement des travailleurs intérimaires dans l’Union européenne”, *Revue de Droit du Travail*, nº5, 2012, pp. 308–311. *Vid.* N. Countouris y otros, *Report on Temporary Employment Agencies and Temporary Agency Work*, ILO, 2017, pp. 31–33, 38–74. Las leyes nacionales se enfrentan a la cuestión de cómo distribuir la responsabilidad entre la ETT y la empresa usuaria de diferentes formas: atribuyendo las responsabilidades del empleador exclusivamente a la ETT o a la empresa usuaria; dividiendo las responsabilidades del empleador entre las dos entidades; o atribuyendo la responsabilidad a ambas de forma conjunta y solidaria. *Cf.* U. Grušić, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 83–88, esp. p. 86.

³⁸ *Cf.* Á. Espiniella Menéndez, *op. cit.*, p. 189. *Vid.* Sentencia de 30 junio 2011, asunto C–397/10 – *Comisión/Bélgica* (ECLI:EU:C:2011:444).

normas de DIPr ha de partirse de que la contratación por medio de ETT implica que dos sujetos comparten el rol de empleadores, pues aunque la ETT figura como la única empleadora en el contrato, el poder de dirección empresarial lo ejerce la empresa usuaria, que se beneficia de los servicios prestados por el trabajador. Sin embargo, aunque la compañía intermediaria figura como empleadora formal, con frecuencia no desempeña ninguna función real y se encubre una relación exclusiva entre el trabajador y la aerolínea³⁹.

2. Existencia de lugar de trabajo habitual

Pese a que exista un lugar de trabajo habitual del personal de vuelo, los falsos desplazamientos operados por las compañías aéreas pueden llegar a influir sobre la determinación de la ley aplicable, creando una apariencia de mayor vinculación con el Estado de la intermediaria. La utilización de intermediarias en la contratación permite un encaje *-a priori-* con una de las modalidades de desplazamiento de la Directiva 96/71/CE (ETT)⁴⁰. Sin embargo, estos desplazamientos pueden ser fraudulentos al menos por dos motivos: los trabajadores no prestan servicios antes del desplazamiento en el

³⁹ Destaca la SAN de 17 marzo 2021 (ECLI:ES:AN:2021:698), en la que se declaró la cesión ilegal de más de cuatrocientos auxiliares de vuelo a *Ryanair* por dos de sus intermediarias. En el sector aéreo se encuentra relativamente extendida la contratación de los pilotos como trabajadores por cuenta propia, y estos también son seleccionados por medio de compañías intermediarias. En ocasiones el contrato mercantil se formaliza entre el piloto y la intermediaria, pero existen otros modelos más complejos en los que las aerolíneas recurren a cadenas de contratación complejas caracterizadas por el recurso a sociedades interpuestas. En estos casos la aerolínea recurre a una compañía intermediaria para la selección de los pilotos, y tras ser seleccionados estos son instados a constituir una sociedad junto con otros pilotos. Formalmente, esta sociedad, constituida por un número reducido de pilotos, presta servicios para la compañía intermediaria. La aerolínea únicamente se encuentra contractualmente vinculada con la compañía intermediaria y no existe ningún vínculo contractual con la sociedad constituida por los pilotos, ni con los pilotos, aunque es la beneficiaria de sus servicios. *Vid.* C. Brannigan y otros, *Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market*, Brussels, European Commission, 2019, pp. 94–120; Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 7 septiembre 2018 (ECLI:ES:JSO:2018:3697), confirmada por la Sentencia del TSJ de Canarias de 2 septiembre 2019 (ECLI: ES: TSJICAN:2019:2361)

⁴⁰ Los desplazamientos suelen utilizarse para aplicar el ordenamiento laboral y de Seguridad Social del Estado de la aerolínea, fijándolo como falso Estado de origen por medio de la intermediaria, domiciliada en el mismo Estado. Las aerolíneas han sido condenadas en algunos Estados miembros porque los trabajadores nunca habían prestado servicios previamente en el supuesto Estado de origen en casos de desplazamiento entre filiales del grupo de empresas de la aerolínea. *Vid.* STJUE 2 abril 2020, asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18 – *CRPNPAC* (ECLI: EU:C:2020:260), respecto a los desplazamientos fraudulentos de sus trabajadores en Francia por la aerolínea *Vueling*, y los problemas derivados de la emisión de los certificados de legislación aplicable en materia de Seguridad Social por las autoridades españolas. *Vid.* H. Guichaoua, “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts Easy Jet et Vueling”, *Droit Ouvrier*, nº 791, 2014, pp. 385–392.

supuesto Estado de origen (Estado de la intermediaria) y la actividad de la ETT no puede consistir exclusivamente en el desplazamiento de trabajadores.

La habitualidad previa y posterior en el Estado de origen constituye un requisito definitorio de la situación de desplazamiento, también en los realizados por ETT, aunque estos revistan características particulares. En estos casos el desplazamiento constituye el propio objeto de la prestación de servicios transnacional, se admite que el trabajador sea contratado para ser inmediatamente desplazado, y que contrato y desplazamiento tengan la misma duración⁴¹. Admitido esto, sin embargo, la contratación en el propio país de destino no encaja en el concepto de trabajador desplazado. En ese caso, no cabe sostener la existencia de un desplazamiento conforme a la Directiva 96/71, y únicamente debe aplicarse el art. 8 RR I.

Además, pese a que la compañía se encuentre válidamente constituida como ETT en el Estado de origen⁴², su actividad no puede consistir exclusivamente en desplazar trabajadores. En el asunto *Team Power Europe*⁴³, el TJUE ha establecido que para que quepa el mantenimiento de la afiliación al sistema de Seguridad Social del Estado miembro de origen, la ETT debe realizar una parte sustancial de su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en ese Estado⁴⁴. Implica que las ETT deben combinar la puesta a disposición de trabajadores para prestar servicios en el Estado en el que se encuentran establecidas y en otros Estados miembros. El requisito ha de trasladarse directamente para que proceda la ficción de inmutabilidad del Estado de trabajo habitual en ley aplicable.

⁴¹ STJUE 10 febrero 2011, asunto C-307/09: *Vicoplus y otros*; M. Villa Fombuena, *La prestación de servicios transnacional, Una nueva perspectiva de análisis*, Granada, Comares, 2018, pp. 28; D.M. Cairós Barreto, "El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal", en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 133, 146.

⁴² En el ordenamiento español, el art. 22 de la Ley 14/1994 por la que se regulan las empresas de trabajo temporal admite expresamente la diversidad en cuanto a los requisitos para la constitución de las ETT en los supuestos de desplazamiento de la Directiva 96/71. Las ETT establecidas en otros Estados miembros pueden desplazar temporalmente a sus trabajadores para ponerlos a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España siempre que la ETT esté válidamente constituida y reúna los requisitos para ello de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento.

⁴³ STJUE 3 junio 2021, asunto C-784/19 (ECLI:EU:C:2021:427). *Vid.* respecto a esta Sentencia: Ó. Contreras Hernández: "Empresas buzón y forum shopping: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?", *loc. cit.*, pp. 43-65.

⁴⁴ Así debe interpretarse el art. 14. 2, del Reglamento 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284/1, de 30.10.2009), para poder considerar que una ETT establecida en un Estado miembro "ejerce normalmente sus actividades" en ese Estado (asunto *Team Power Europe*).

Incluso aunque se haya descartado la existencia de un desplazamiento genuino por estos motivos, y con ello la aplicación de las Directivas de desplazamiento, al determinar la ley aplicable conforme al art. 8 RR I el falso desplazamiento podría tener efecto igualmente a través de los vínculos más estrechos. La conexión podría conducir a la aplicación del ordenamiento del establecimiento contratante, aunque exista un lugar de trabajo habitual, pues algunos indicios de proximidad, significativamente el Estado de afiliación a la Seguridad Social, apuntarán al Estado de origen ficticio, en el que se encuentra el domicilio de la compañía intermediaria. Además, no debe excluirse la posibilidad de que la localización del establecimiento que contrató al trabajador actúe en estas situaciones como indicio de proximidad. Por ello, en la selección de los indicios tienen que omitirse todas las circunstancias determinadas por falso desplazamiento.

Respecto a la competencia judicial internacional, tanto la ETT como la aerolínea deberían ser consideradas como empleadoras. El foro del art. 8.1º RB Ib permitiría al trabajador demandar a intermediaria y aerolínea, ya sea en el Estado miembro en el que la intermediaria se encuentra domiciliada, o en el Estado miembro en el que se encuentra domiciliada la compañía aérea. La vinculación requerida entre las demandas se produciría por existir una cesión de trabajadores⁴⁵. La operatividad del foro, no obstante, se ve reducida si, como es habitual, la compañía intermediaria y la aerolínea se encuentran domiciliadas en el mismo Estado.

3. Inexistencia de lugar de trabajo habitual

El establecimiento contratante se restringe al vinculado contractualmente con el trabajador, lo que en casos de contratación por medio de ETT u otras intermediarias llevaría a que la conexión quede determinada por el Estado en el que estas se encuentran domiciliadas⁴⁶, con independencia de que no hayan ejercido como empleadoras. Si este establecimiento figura como empleador formal, y es el que ha publicado la oferta y captado al trabajador, en principio, deberá considerarse como el establecimiento contratante. No perdería tal condición solamente por no haber ejercido el poder de dirección empresarial, pero sí si ha actuado por cuenta de la aerolínea y la situación real difiere de la que se desprende el contrato. Por tanto, cuanto la contratación se realiza por medio de compañías intermediarias que pertenecen a la aerolínea, cabría que se

⁴⁵ En este sentido: Á. Espiniella, *op. cit.*, p. 468.

⁴⁶ En el asunto *Voogsgaard*, no obstante, se dice que “en principio” el establecimiento contratante debe pertenecer a la empresa que contrata al trabajador, es decir, formar parte integrante de su estructura.

considerase a esta última como el verdadero establecimiento contratante. En casos de vinculación “oculta” entre aerolínea e intermediaria, la atribución de la condición de establecimiento contratante a la aerolínea resulta más compleja, no obstante, no ha de excluirse, dada la apertura y falta de concreción con la que el TJUE formuló tal posibilidad.

Para evitar la aplicación del ordenamiento del Estado de la intermediaria, en caso de que esta sea considerada el establecimiento contratante, los criterios de afiliación a la Seguridad Social y de tributación, y el Estado cuya ley determinó las condiciones laborales, deberían concurrir en otro Estado miembro, revelando la existencia de una vinculación más estrecha. En la medida en la que la afiliación a la Seguridad Social queda fijada de forma automática por la base de operaciones asignada al trabajador, cabría que la base adquiriera relevancia indirectamente por esta vía⁴⁷. El indicio de fijación de las condiciones salariales llevará generalmente hacia el Estado de la sede social de la aerolínea, al igual que ocurre si se tiene en cuenta como indicio el ejercicio del poder de dirección empresarial.

Respecto a la competencia, los trabajadores dispondrán del foro del establecimiento contratante y del foro del domicilio de la empleadora. La aerolínea será empleadora, mientras que la intermediaria acaparará la condición de empleadora y de establecimiento contratante. Puede perder la condición de establecimiento contratante por su vinculación con la aerolínea, pero tal circunstancia carecerá de relevancia real. En cualquier caso, el art. 8.1º RB Ib garantizaría la posibilidad de demandar a ambas empleadoras tanto en el Estado miembro de la intermediaria como en el de la aerolínea. No obstante, a falta de lugar de trabajo habitual, la compañía intermediaria y la aerolínea se encuentran domiciliadas en el mismo Estado, el trabajador solo podrá presentar la demanda en el Estado del domicilio común.

V. AGENCIAS DE ADMINISTRACIÓN DE TRIPULACIONES EN EL SECTOR MARÍTIMO

1. Regulación

La externalización de los aspectos relativos a la dotación del buque es una práctica extendida y consolidada en el sector marítimo. El recurso por los empresarios marítimos a terceros especializados en la gestión de

⁴⁷ Art. 11.5º Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social tras su modificación por el Reglamento 465/2012 (DO L 149/4, de 8.6.2012). *Vid.* Sentencia de 19 mayo 2022, asunto C-33/21 – *INAIL y INPS* (ECLI:EU:C:2022:402).

tripulaciones se justifica por la complejidad del sector y por la necesidad de agilizar los procesos selectivos, pero también suele obedecer al objetivo de que los contratos queden regidos por legislaciones menos protectoras⁴⁸. Los servicios de intermediación en el sector marítimo se caracterizan por su heterogeneidad y desregulación, a pesar de que en este caso existen normas específicas al respecto en las legislaciones internacional, europea y nacionales. Las agencias figuran como empleadoras en el contrato y pueden ser sociedades independientes o filiales del empresario marítimo. En ocasiones actúan como agentes del empresario contratando a los trabajadores en nombre y por cuenta de este, pero la interposición en la contratación en este caso puede llegar a suponer que se atribuya la condición de la empleadora a la agencia en solitario⁴⁹.

El Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006 impone algunas obligaciones en relación con las agencias de administración de tripulaciones a los Estados parte. El Convenio se incorporó de forma fragmentada al Derecho europeo⁵⁰, pero se omitieron las menciones

⁴⁸ Cf. S. Mercoli, "Les fournisseurs de main d'oeuvre maritime et le droit de l'Union européenne", en P. Chaumette (coord.), *Gens de mer: un marché international du travail*, Bilbao, Gomylex, 2016, p.379. Vid. I. Dozo Mougán, "El papel de las agencias intermediarias en la determinación de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores del mar", en J. M. Sobrino Heredia, G. A. Oanta (coords.) *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020, p. 465-494; O. Fotinopoulou Basurko, "The role of agencies or the seafarer's recruitment in the maritime employment market", en P. Chaumette (coord.), *op. cit.*, pp. 239-257; O. Fotinopoulou Basurko, "O criterio conflitual "lex loci celebrationis" nos supostos de intermediación de man de obra no contexto da industria marítima", *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo*, n° 3, 2012, pp. 265-312.

⁴⁹ Vid. L. Carballo Piñeiro, *International Maritime Labour Law*, Hamburg, Springer, 2015, p.30. Las agencias pueden gestionar todos los aspectos relativos a la tripulación en el marco de un contrato específico para tal fin exclusivamente, pero también en el marco de contratos por los que se hacen cargo de la gestión completa de la explotación del buque. La calificación de estos contratos resulta problemática porque se caracterizan por su versatilidad y flexibilidad. Vid. desde un punto de vista de Derecho español: en general, M.J. Rodríguez Docampo, *El contrato de gestión naval: Concepto y naturaleza jurídica*, Navarra, Aranzadi, 2018; y A. Díaz de la Rosa, *Los contratos de gestión de tripulaciones de buques*, Madrid, La Ley, 2011, esp. pp. 108-110. Ha de partirse de que la identificación del empleador marítimo resulta particularmente compleja, no solo por la intervención de las agencias en la contratación, sino también por la concurrencia de las figuras del naviero y del armador. Vid. L.F. de Castro Mejuto, "El empleador marítimo. Una visión laboral", en J.L. García-Pita y Lastres, M. R. Quintáns Eiras, A. Díaz de la Rosa (dirs.), *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 213-235.

⁵⁰ Con las siguientes Directivas: 2009/13/CE, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE (DO L 124/30, de 20.5.2009); Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto (DO L 131 de 28.5.2009); y 2013/54/UE sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006 (DO L 329/1, de 10.12.2013).

específicas que contiene sobre los servicios de intermediación. En este ámbito, por tanto, los Estados parte del Convenio están obligados por las disposiciones referentes a la contratación de la gente del mar dispuestas en este, pero no existe regulación europea. En cambio, el Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 también impone a los Estados parte ciertas obligaciones relativas a los servicios de intermediación⁵¹ que sí han sido incorporadas parcialmente al Derecho de la UE con la Directiva 2017/159⁵², que extiende la aplicación de la Directiva 2008/104/CE sobre ETT⁵³. Por ello, puede interpretarse que siempre que se cumpla el ámbito de aplicación de la Directiva⁵⁴, los Estados miembros pueden exigir que las agencias que contraten a los pescadores se encuentren válidamente establecidas como ETT en el Estado miembro de constitución⁵⁵. La trascendencia de esta extensión se encuentra en que podría contribuir a acreditar la existencia de una relación triangular, y el ejercicio compartido del rol del empleador con la empresa que explota el buque en la aplicación de las normas de DIPr.

⁵¹ En ambos Convenios se definen los servicios de contratación y colocación como toda persona, empresa, institución, agencia u otra entidad, pública o privada, cuya actividad consiste en contratar a los trabajadores del mar y a los pescadores por cuenta de los propietarios de buques pesqueros y de los armadores, o en colocarlos directamente a su servicio. De este modo, la regulación de los Convenios parece ceñirse exclusivamente a las agencias de colocación, sin entrar a regular aquellas otras que contratan a los trabajadores. Sin embargo, el Convenio sobre el Trabajo Marítimo maneja un concepto muy amplio de “armador”, en el que cabría considerar incluidas a las agencias, atribuyéndoles las responsabilidades correspondientes. Cf. O. Fotinopoulou Basurko: “The role of agencies or the seafarer’s recruitment in the maritime employment market”, *loc. cit.*, p. 177.

⁵² Directiva 2017/159 de 19 diciembre 2016 por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 mayo 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche) (DO L 25/12 de 31.1.2017).

⁵³ En el art. 20 de la Directiva 2017/159 se establece que esta “se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2008/104/CE”.

⁵⁴ El ámbito de aplicación de la Directiva queda a su vez definido por el ámbito de aplicación del Acuerdo que incorpora, que se aplica a los pescadores que trabajen a bordo de buques con pabellón de un Estado miembro o que estén registrados bajo plena jurisdicción de este (cdo. 13).

⁵⁵ Como se ha visto, la Directiva 2008/104/CE supuso una escasa armonización en materia de ETT en la UE. La remisión a la Directiva de ETT tiene el efecto de impedir a los Estados miembros introducir restricciones a las ETT en el sector pesquero y, por otro, fundamentalmente, introduce el principio de igualdad de trato entre trabajadores cedidos y contratados directamente por la empresa usuaria. Cf. A. Charbonneau, “Servicios privados del mercado de trabajo”, en O. Fotinopoulou Basurko y X.M. Carril Vázquez (dirs.), *La Directiva 2017/159 del Consejo sobre condiciones de trabajo en la Pesca: ¿Un primer paso hacia una codificación del acervo social de la Unión Europea en el sector marítimo-pesquero?*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 186–187.

2. Existencia de lugar de trabajo habitual

Si existe un lugar de trabajo habitual, la legislación de este Estado regirá el contrato, salvo que exista otro Estado más estrechamente vinculado⁵⁶. Junto a las ya mencionadas, la bandera del buque puede adquirir relevancia en la conexión de los vínculos más estrechos, para lo cual debería concurrir junto con otros indicios⁵⁷. Su relevancia, no obstante, en ocasiones se materializa de forma indirecta, al determinar otras circunstancias, como, significativamente, la legislación de Seguridad Social aplicable⁵⁸. Asimismo, tanto los Convenios sobre el trabajo marítimo de 2006 y sobre el trabajo en la pesca de 2007 como las Directivas que los incorporan al Derecho de la UE, atribuyen a los Estados la obligación de garantizar la efectividad de las normas protectoras que contienen a los trabajadores que prestan servicios en buques bajo su pabellón. Tales normas actuarían como normas de policía del Estado del pabellón, que tienen que aplicarse con independencia de la ley aplicable al contrato⁵⁹. La bandera del buque, por tanto, puede tener incidencia sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo, circunstancia que puede ser tomada en consideración como indicio de proximidad. Tomando como indicio no a la bandera directamente, sino elementos cuya fijación depende de esta, se asegura que se trata de un elemento con incidencia real sobre la relación laboral.

En cuanto a la competencia judicial internacional, se puede partir de que existe una situación caracterizada por la puesta a disposición de

⁵⁶ Sin que quepa una equiparación entre lugar de trabajo habitual y bandera del buque, y aunque tal asimilación siga operando en la práctica. Cf. O. Fotinopoulou Basurko, "What Law For The International Maritime Employment Contracts?: Between Flexibility And Reasonableness", *Diritto marittimo*, vol. 115, nº 2, 2013, pp. 294–296.

⁵⁷ En este sentido: G. van der Voet, "International Maritime Employment Law – About the Special Legal Status of the Most Globalised of International Workers: The Seafarer", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2019, nº 1, p. 11.

⁵⁸ El art. 11.4º Reglamento 883/2004 establece el trabajo desempeñado a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará como una actividad ejercida en ese Estado miembro y estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro. No obstante, si el trabajador es remunerado por una empresa que tiene su domicilio en un Estado miembro distinto del de la bandera del buque, y el trabajador también reside en este Estado, estará sujeto a la legislación de este último. Vid. X.M. Carril Vázquez y O. Fotinopoulou Basurko, "Los criterios de determinación de la legislación aplicable en materia de seguridad social a los trabajadores del mar de acuerdo con las normas internacionales de aplicación a los mismos", en C. Sánchez-Rodas Navarro y E. Garrido Pérez (coords.), *Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 99–116.

⁵⁹ En relación con la calificación como normas de policía: G. van der Voet, *op. cit.*, pp. 11–12. No obstante, se plantea la necesidad de calificar individualmente cada una de las reglas de los Convenios: L. Carballo Piñeiro, *op. cit.*, pp. 217–218.

trabajadores y una relación triangular en la relación laboral, con independencia del régimen jurídico de la agencia. El trabajador podría demandar en el Estado de trabajo habitual, y en el Estado de la agencia o de la empresa que explota el buque como empleadoras, y cabría aplicar el art. 8.1º RB Ib para demandar a ambas en el domicilio de cualquiera de las dos. Si la agencia es la empleadora formal y el ejercicio del poder de dirección empresarial se ha ejercido de forma compartida con la empresa marítima, el trabajador podría utilizar el foro del domicilio del empleador para demandar a la agencia o a la empresa, o recurrir al art. 8.1º RB Ib para demandar a ambas en el domicilio de cualquiera de los dos. Si la agencia es la empleadora formal pero solo la empresa marítima ha ejercido como empleadora debería aplicarse la misma solución. Si la agencia es empleadora formal y además ha ejercido realmente como tal en solitario cabría plantear la aplicación del art. 8.1º RB Ib sobre la base de que la empresa marítima es la que realmente se beneficia del trabajo, y asume obligaciones y responsabilidades en relación con las condiciones de vida y de trabajo en el buque que le atribuyen los Convenios. Sin embargo, las posibilidades de aplicación del foro de los codemandados se anularán en caso de que la agencia se encuentre domiciliada en un tercer Estado, escenario que en este sector ha de tenerse presente. En este caso, solo podría utilizarse el foro del lugar de trabajo habitual para demandar a ambas en la UE. Si la empresa que explota el buque se encuentra domiciliada en la UE, el trabajador solo podrá demandar a esta en ese Estado miembro, mientras que la competencia respecto a la agencia deberá determinarse conforme a las normas nacionales.

3. Inexistencia de lugar de trabajo habitual

Como se ha visto, de la jurisprudencia del TJUE puede extraerse que para que quepa la atribución de la condición de establecimiento contratante a un sujeto diferente del que figura como empleador formal debe tenerse en cuenta la relación existente entre las sociedades y no es determinante cuál de ellas ejerce el poder de dirección empresarial⁶⁰. Esta posibilidad, planteada sin mayor explicación por el TJUE en la Sentencia *Voogsgeerd*, permite atribuir la cualidad de establecimiento contratante a la empresa que explota el buque si la agencia ha actuado por su cuenta y en su nombre en la contratación. Del fallo también puede deducirse que, si existe una vinculación societaria entre ambas, el ejercicio del poder de dirección

⁶⁰ Sobre las dificultades para identificar al establecimiento contratante en este contexto, *vid.* M.A. Asín Cabrera, "La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I", *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 381-382.

empresarial por la empresa que explota el buque actuaría como indicio de que la situación real difiere de la formal y, por tanto, de que el verdadero establecimiento contratante es la empresa y no la agencia. Se desatiende la eventual situación en que no existe una vinculación entre la empresa y la agencia, pero la agencia no ejerce el poder de dirección empresarial⁶¹. Del fallo del TJUE se deduce que en esta última situación solo cabría considerar a la agencia como establecimiento contratante⁶².

En la práctica, la determinación de la ley aplicable mediante los vínculos más estrechos se configura en el sector marítimo más como regla general que como excepción porque es más común que no pueda identificarse un lugar a partir del cual se ha iniciado regularmente el trabajo⁶³. La conexión de los vínculos más estrechos permite excluir la aplicación de la ley del Estado de la agencia si esta es el establecimiento contratante, pero presenta especiales problemas aplicativos porque por las características del sector es más común que los elementos de la relación laboral se encuentren dispersos en múltiples Estados, dispersión a la que contribuye la contratación a través de agencias. En esta situación, cabría optar por una valoración global de proximidad, en la que también deben quedar anuladas las circunstancias determinadas por prácticas fraudulentas y, en particular, por banderas o registros de conveniencia. En esta valoración deberían tener cabida elementos relativos a la ejecución del trabajo, como los relativos a los Estados en los que se haya trabajado o al ejercicio del poder de dirección empresarial, y otros, siempre que se trate de elementos relevantes y fiables, sin compartimentar los indicios por “categorías” como hasta ahora se deduce de la jurisprudencia del TJUE⁶⁴.

En cuanto a la competencia, ante la inaplicación del foro del lugar de trabajo, el trabajador pierde un foro, y pueden extenderse posibles

⁶¹Vid. E. Pataut, “De la loi applicable au licenciement d'un marin”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 101, nº 3, 2012, p. 666; P. Maestre Casas, “El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes”, *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012, p. 338-340; O. Knöfel, “Navigare necesse est – Zur Anknüpfung an die Einstellende Niederlassung im Europäischen Internationalen Arbeitsrecht der See”, *IPRax*, vol. 34, nº 2, 2014, pp. 135-136.

⁶² Ante la falta de claridad del fallo, también puede continuar sosteniéndose que, si la agencia solo es empleadora formal, y el armador es el verdadero empleador, este último es el verdadero establecimiento contratante: Cf. M. Henze, *Die Anknüpfung von mobilen Arbeitsverhältnissen anhand des Art. 8 Rom I-Verordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 297.

⁶³Cf. M.A. Asín Cabrera, *op. cit.*, p. 382.

⁶⁴ En este sentido, abogando por la determinación de la ley aplicable a partir de la concurrencia de circunstancias relevantes, tanto relativas a la ejecución del trabajo, como al empleador, en un determinado Estado se pronuncian S. Carbone (“Conflits de lois en droit maritime”, *Recueil des Cours*, 2010-I, vol. 340, pp. 185-187) y O. Fotinopoulou Basurko (“What Law For The International Maritime Employment Contracts?: Between Flexibility And Reasonableness”, *loc. cit.*, pp. 302-303).

soluciones planteadas previamente respecto a la aplicación del art. 8.1º RB Ib. Es probable que la agencia sea el establecimiento contratante, pero el foro carecerá de relevancia, ya que el trabajador ya contaría con la posibilidad de demandar en el Estado de la agencia utilizando el foro del domicilio de la empleadora o el art. 8.1º RB Ib.

V. CONCLUSIONES

- Del análisis efectuado en relación con los conceptos de establecimiento contratante, empleador y vinculación más estrecha de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I pueden extraerse las siguientes conclusiones generales:
- Los indicios de proximidad de la conexión de los vínculos más estrechos que hayan quedado fijados por una interposición fraudulenta en la contratación deberán excluirse. La conexión puede actuar entonces en la práctica como instrumento contra el *dumping* social, evitando la aplicación del ordenamiento del Estado de la sociedad interpuesta.
- El establecimiento contratante quedará generalmente determinado por la sociedad que actúa como intermediaria en la contratación, salvo en supuestos de interposición fraudulenta, como empresas buzón, o de sociedades que pertenecen a la verdadera empleadora.
- Al determinar la competencia judicial internacional la realidad formal debe mantenerse si favorece al trabajador. El foro de los codemandados del art. 8.1º es una solución adecuada cuando hay un empleador real y otro formal, y también en casos de puesta a disposición de trabajadores, en los que hay dos empleadores. Utilizando este foro el trabajador puede demandar en el Estado en el que se localiza la sociedad que le contrató por lo que el foro del establecimiento contratante pierde relevancia.

De todo lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones por sectores:

- En el transporte por carretera, formalmente, la empresa buzón es el establecimiento contratante y la empleadora. Por su condición de sociedad ficticia han de atribuirse ambas condiciones a la sociedad matriz. Los indicios de vinculación más estrecha de afiliación a la Seguridad Social, tributación y fijación de condiciones laborales han de omitirse si han quedado fijados de forma fraudulenta.

- En el transporte aéreo, asumiendo una calificación como ETT de las compañías intermediarias, estas serán el establecimiento contratante y compartirán el rol de empleadora con la aerolínea. Su condición de establecimiento contratante puede excluirse cuando pertenecen a la compañía aérea. En los vínculos más estrechos no pueden tenerse en cuenta los indicios de proximidad que hayan quedado fijados de forma fraudulenta a través de la intermediaria mediante falsos desplazamientos.
- En el transporte marítimo, la agencia de administración de tripulaciones puede no ser considerada como establecimiento contratante si no ejerce como empleadora y se encuentra vinculada con la empresa que explota el buque. Existirían dos empleadoras por tratarse de una puesta a disposición de trabajadores, interpretación que apoyaría la Directiva 2017/159 en el sector pesquero. Los vínculos más estrechos pueden servir para que no se aplique la ley del Estado de la agencia, pero es posible que deba recurrirse a una valoración de proximidad global en la que se tengan en cuenta elementos relativos a la ejecución del trabajo y a la empleadora.

BIBLIOGRAFÍA

- Asín Cabrera, M.A.: “La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 373–386.
- Brannigan C. y otros: *Study on Employment and Working Conditions of Aircrews in the EU Internal Aviation Market*, Brussels, European Commission, 2019.
- Cairós Barreto, D.M.: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 121–149.
- Carballo Piñeiro, L.: *International Maritime Labour Law*, Hamburg, Springer, 2015.
- Carbone, S.: “Conflits de lois en droit maritime”, *Recueil des Cours*, 2010–I, vol. 340, pp. 63–270.
- Carrascosa González J.: “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, *REEL*, nº 27, 2014 (paginación electrónica).
- Carril Vázquez, X.M., Fotinopoulou Basurko, O.: “Los criterios de determinación de la legislación aplicable en materia de seguridad social a los trabajadores del mar de acuerdo con las normas internacionales de aplicación a los mismos”, en C. Sánchez-Rodas Navarro, E. Garrido Pérez (coords.), *Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 99–116.
- Charbonneau, A.: “Servicios privados del mercado de trabajo”, en O. Fotinopoulou Basurko y X.M. Carril Vázquez (dirs.), *La Directiva 2017/159 del Consejo sobre condiciones de trabajo en la Pesca: ¿Un primer paso hacia una codificación del acervo social de la Unión Europea en el sector marítimo-pesquero?*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 175–190.
- Chatzilaou, P.K.: “Directive 2020/1057 du 15 juillet 2020: quelle protection pour les chauffeurs routiers détachés?”, *Droit ouvrier*, nº 874, 2021, pp. 380–381.

- Contreras Hernández, Ó.: “Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?”, *RDCE*, nº 69, 2021, pp. 601–650.
- : “Empresas buzón y *forum shopping*: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 10, nº 2, 2022, pp. 43–65.
- Countouris, N. y otros: *Report on Temporary Employment Agencies and Temporary Agency Work*, ILO, 2017.
- De Castro Mejuto, L.F.: “El empleador marítimo. Una visión laboral”, en J.L. García-Pita y Lastres, M. R. Quintáns Eiras, A. Díaz de la Rosa (dirs.), *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 213–235.
- Deinert, O.: *International Labour Law under the Rome Conventions*, Baden–Baden, Beck/Hart/Nomos, 2017.
- Díaz de la Rosa, A.: *Los contratos de gestión de tripulaciones de buques*, Madrid, La Ley, 2011.
- Dozo Mougán, I.: “El papel de las agencias intermediarias en la determinación de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores del mar”, en J. M. Sobrino Heredia, G. A. Oanta (coords.) *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020, pp. 465–494.
- Espiniella, Á.: *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Fotinoupolou Basurko, O.: “¿Inaplicación de la Directiva de desplazamiento a los trabajadores del tren Eurostar?: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 diciembre 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 56, 2020 (paginación electrónica).
- : “What Law For The International Maritime Employment Contracts?: Between Flexibility And Reasonableness”, *Diritto marittimo*, vol. 115, nº 2, 2013, pp. 287–303.
- : “O criterio conflitual “lex loci celebrationis” nos supostos de intermediación de man de obra no contexto da industria marítima”, *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo*, nº 3, 2012, pp. 265–312.
- : “O desprazamento de traballadores no transporte por estrada na Unión Europea”, *RGDS*, nº 12, 2021, pp. 43–83.
- : “The Role Manning of Agencies or the Seafarer’s Recruitment in the Maritime Employment Market”, en P. Chaumette (coord.), *Gens de mer: un marché international du travail*, Bilbao, Gomylex, 2016, pp. 239–257.
- : *Habitualidad vs. temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Barcelona, Atelier, 2019.
- Grušić, U.: “Should the Connecting Factor of the ‘Engaging Place of Business’ Be Abolished in European Private International Law?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, nº 1, 2013, pp. 173–192.
- : *The European Private International Law of Employment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Guichaoua, H.: “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts Easy Jet et Vueling”, *Droit Ouvrier*, nº 791, 2014, pp. 385–392.
- Henze, M.: *Die Anknüpfung von mobilen Arbeitsverhältnissen anhand des Art. 8 Rom I–Verordnung*, Baden–Baden, Nomos, 2017.

- Junker, A.: "Rumänische Lastwagenfahrer in Italien und Deutschland – Anwendbares Recht und Mindestlohn", *EuZA*, nº 1, 2022, pp. 64–73.
- Knöfel, O.: "Navigare necesse est – Zur Anknüpfung an die Einstellende Niederlassung im Europäischen Internationalen Arbeitsrecht der See", *IPRax*, vol. 34, nº 2, 2014, pp. 130–136.
- Lafuma, E.: "Directive 2020/1057: les opérations de transport soustraites au droit dérogatoire du détachement", *Droit Ouvrier*, nº 874, 2021, pp. 384–389.
- Laulom, S. Lhernould, J.P.: "Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne", *Revue de Droit du Travail*, nº 5, 2012, pp. 308–322.
- Llobera Vila, M.: "Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol.10, nº 2, 2022, pp. 10–42.
- Llobera Vila, M.: "La respuesta europea a las "empresas buzón": normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 536–566.
- : "Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 108, 2011, pp. 115–144.
- : "Nuevas normas sobre desplazamiento transnacional de trabajadores en el transporte por carretera: ¿En qué consiste un centro de explotación?", en J.M. Miranda Boto (dir.), *El Derecho del trabajo ante el Tribunal de Justicia*, Madrid, Cinca, 2018, pp. 165–180.
- Lo Faro, A.: "Posting from a Letterbox: Transnational Mobility of Workers, Social Dumping and the Economic Fundamental Freedoms' veil", en A.C. Hartzén, A. Iossa, E. Karageorgiou (eds.) *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe. Constitutional Tensions for EU Integration*, UK-USA, Elgar, 2022, pp. 22–42.
- Maestre Casas, P.: "El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes", *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 322–341.
- Marchal Escalona, N.: "La autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los contratos laborales en el sector del transporte por carretera", *Bitácora Millennium DIPr*, nº 14, 2021, pp. 50–67.
- McGauran, K.: *The Impact of Letterbox-type Practices on Labour Rights and Public Revenue*, ETUC, 2016.
- Mercoli, S.: "Les fournisseurs de main d'œuvre maritime et le droit de l'Union européenne", en P. Chaumette (coord.), *Gens de mer: un marché international du travail*, Bilbao, Gomylex, 2016, pp. 377–392.
- Pataut, E.: "De la loi applicable au licenciement d'un marin", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 101, nº 3, 2012, p.657–666.
- Riesco-Sanz, A., García López J. y Maira Vidal M.M.: *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- Rodríguez Cardo, I.A.: "Ley aplicable y competencia judicial en la prestación de trabajo", en J. García Murcia, A. García Torres (coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Lisboa, Juruá, 2016, pp. 471–499.
- Rodríguez Docampo, M.J.: *El contrato de gestión naval: Concepto y naturaleza jurídica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- Rodríguez Romero, R. M.: *La liberalización del sector aeronáutico y su impacto sobre las relaciones laborales individuales del personal a bordo de aeronaves* (tesis doctoral), Universidad del País Vasco, 2021.

- Šimurková P., Poliaka M.: "Identification of Letterbox Companies in the Road Transport Sector", *Transportation Research Procedia*, vol. 40, 2019, pp.1184–1191.
- Sørensen, K. E.: "The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market", *CML Rev.*, vol. 52, n° 1, 2015, pp. 85–117.
- Van der Voet, G.: "International Maritime Employment Law – About the Special Legal Status of the Most Globalised of International Workers: The Seafarer", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2019, n° 1, pp. 4–20.
- Villa Fombuena, M.: *La prestación de servicios transnacional, Una nueva perspectiva de análisis*, Granada, Comares, 2018.

Recibido: 6 julio 2022
Aceptado: 21 julio 2022

La aplicación de la legislación civil foral o especial a los extranjeros en virtud del Reglamento (UE) nº 650/2012. Especial referencia al pacto sucesorio de definición contemplado en la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears

Josep Gunnar HORRACH ARMO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco normativo conflictual en materia sucesoria. III. Caracteres de la definición balear o *diffinitio*. 1. Origen y caracteres de la institución. 2. La vecindad civil del ascendiente y la naturaleza jurídica de la *diffinitio*. IV. La aplicación de la *diffinitio* a los extranjeros: análisis de un caso particular. 1. Antecedentes del caso: A) Resolución de la DGRN de 24 mayo 2019; B) SJPI de Palma de Mallorca de 11 mayo 2020; C) SAP de Palma de Mallorca de 30 diciembre 2020, 2. Análisis de la STSJ de las Illes Balears de 14 mayo 2021: A) La posible aplicación del art. 27.3º del Reglamento nº 650/2012; B) El requisito de la vecindad civil mallorquina: carácter material o conflictua; C) ¿La aplicación del art. 50 CDCB a los extranjeros resulta discriminatorio respecto de los españoles?. V. Conclusiones.

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar cómo debe aplicarse una determinada legislación civil especial o foral a los extranjeros en virtud del Reglamento (UE) nº 650/2012 en materia de sucesiones. Y ello, a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 14 mayo 2021, en la cual se analiza la aplicación de la legislación civil balear en relación con un pacto sucesorio de definición realizado por una ciudadana francesa. En concreto, analizamos si el requisito de la vecindad mallorquina puede ser exigido a los ciudadanos extranjeros cuando están sometidos al ordenamiento civil foral de las Illes Balears, determinando si dicha exigencia tiene carácter material o si, en cambio, reviste los caracteres de una norma de conflicto.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO Nº 650/2012 – DEFINICIÓN BALEAR – LEY APLICABLE A LOS EXTRANJEROS – SUBVECINDAD CIVIL MALLORQUINA – NORMAS DE CONFLICTO.

The application of regional civil legislation to foreigners by virtue of Regulation (EU) no. 650/2012. Special reference to the succession agreement of definition contemplated in the Compilation of Civil Law of the Balearic Islands

* Profesor ayudante doctor en Derecho Internacional Privado. Universidad de las Illes Balears. Correo electrónico: josep.horrach@uib.es

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze how a regional civil legislation should be applied to foreigners under Regulation (EU) no. 650/2012. And this, regarding the ruling of the Superior Court of Justice of the Balearic Islands of May 14, 2021, in which the application of Balearic civil legislation is analyzed in relation to a succession agreement of definition made by a French citizen. Specifically, we analyze whether the Majorcan neighborhood requirement can be demanded of foreign citizens when they are subject to the Balearic Islands' law, determining whether this requirement is of a material nature or whether it has the characteristics of a conflict of law rule.

KEYWORDS: REGULATION NO. 650/2012 – BALEARIC DEFINITION – LAW APPLICABLE TO FOREIGNERS – MAJORCAN CIVIL NEIGHBORHOOD – CONFLICT OF LAW RULES.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos planteamos si, tras aplicar las correspondientes normas de conflicto y funcionamiento del Reglamento nº 650/2012¹, cuando éstas conduzcan a la aplicación de la ley de una determinada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, dicha legislación puede imponer o exigir algún requisito que, de una forma u otra, impida a los extranjeros quedar sometidos a su régimen jurídico en plano de igualdad con los destinatarios originales de tal legislación. En otras palabras, nos preguntamos si cabe inaplicar alguna disposición de la legislación civil foral o especial respecto a los extranjeros cuando, previamente, la norma de conflicto correspondiente ha determinado que resulta aplicable esa concreta legislación. Centrándonos en el caso balear, intentamos dilucidar si es posible circunscribir la aplicación del pacto sucesorio de definición (recogido en el art. 50 Compilación de Derecho Civil Balear –CDCB–) a las personas que ostenten la vecindad mallorquina –por tratarse de un requisito material exigible a los sujetos que pretendan definir– o si estamos ante una norma de conflicto unilateral que vulnera la competencia exclusiva del Estado en materia de conflicto de leyes (art. 149.1º.8 CE).

Con esta finalidad, hemos dividido el presente trabajo en cinco epígrafes. Excluyendo la presente introducción, hemos dedicado el segundo epígrafe al marco jurídico conflictual en materia de sucesiones y pactos sucesorios; y el tercero a describir el origen y los principales caracteres de la definición balear. Por su parte, el cuarto epígrafe constituye el núcleo del trabajo, en el cual hemos analizado las distintas resoluciones sobre un caso peculiar de definición balear realizado por una ciudadana francesa, haciendo especial mención a los argumentos de la resolución del TSJ de las Illes Balears de 14 mayo 2021², y

¹ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.07.2012).

² STSJB nº 1, de 14 mayo 2021, ES:TSJBAL:2021:460.

dando respuesta a una serie de interrogantes jurídicos que nos permitirán resolver la cuestión principal planteada en este trabajo, entre los cuales se encuentran los siguientes: ¿Puede una norma de una determinada legislación foral o especial vaciar de contenido lo dispuesto por la norma de conflicto aplicable? ¿Pueden resultar inconstitucionales dichos requisitos cuando la disposición afectada revista los caracteres de una norma de conflicto? ¿Resulta discriminatorio la distinta aplicación de un mismo régimen jurídico sucesorio por razón de la nacionalidad del causante? ¿Contraviene la exigencia de estos requisitos los principios de certeza, previsibilidad y seguridad jurídica que deben imperar con carácter general en el Derecho conflictual? Finalmente, en el quinto epígrafe realizamos una serie de conclusiones a partir de los razonamientos anteriormente expuestos, los cuales son extrapolables a las distintas legislaciones civiles forales o especiales cuando se produzcan situaciones similares.

II. MARCO NORMATIVO CONFLICTUAL EN MATERIA SUCESORIA

Antes de adentrarnos en el análisis de la figura de la definición balear y su relación con la materia que nos ocupa, cabe comentar brevemente el marco jurídico relativo a las normas de conflicto en materia de sucesiones. A tal efecto, actualmente resulta aplicable el Reglamento nº 650/2012, el cual desplaza con carácter general, desde el 17 agosto 2015, al art. 9.8º Cc. Debido a su aplicación universal (art. 20), el art. 9.8º Cc únicamente resulta aplicable cuando así lo permita el propio Reglamento. Así, cabe destacar que el citado precepto sigue siendo aplicable para determinar, por ejemplo, qué ley debe regir en los denominados “conflictos internos de leyes”³ (si bien junto con el art. 16 Cc), tal como se infiere del art. 38 Reglamento nº 650/2012⁴.

³ Siguiendo a L. Garau Juaneda, cabe preguntarse si resulta adecuada la denominación de “conflicto de leyes”, ya sean de carácter interno o internacional, pues en puridad “no resuelven conflictos por la sencilla razón de que no existe conflicto alguno entre las leyes de diferentes Estados”. En este sentido, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del art. 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 21, 2020, pp. 11–42, p. 17. L. Garau Juaneda, “La aplicación de los Reglamentos de la UE a los llamados “conflictos internos” y el necesario cambio de paradigma sobre la función de las normas de conflicto”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 10, 2019, pp. 1–14, pp. 9–11. Sea como fuere, debido a su uso extendido, utilizaremos los conceptos “conflicto de leyes” y “conflictos internos de leyes” en el presente trabajo.

⁴ La doctrina mayoritaria entiende que, en virtud del art. 38 del Reglamento, se aplicará la legislación interna española (arts. 9.8º y 16 Cc) a los conflictos internos de leyes. En este sentido, *vid.* A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) Nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 474–486. L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 1–14, pp. 6–9. Como indica el citado autor, “mientras se mantenga una regulación específica para

Centrándonos en el tema que nos ocupa, cuando conozca de la demanda un tribunal español, para determinar qué ley resultará aplicable a un extranjero deberán conjugarse los arts. 21.1º y 36 Reglamento nº 650/2012. De esta forma, el art. 21.1º determina que, en defecto de *professio iuris*, la ley aplicable a la sucesión será la de la residencia habitual del causante; mientras que el art. 36 constituye una norma de funcionamiento que permite concretar qué ley debe aplicarse de entre las que rigen en un determinado sistema plurilegislativo (como el español). En este contexto, cabe precisar que el art. 36.1º no resulta aplicable porque nuestro ordenamiento jurídico no dispone de “normas internas sobre conflicto de leyes” que puedan aplicarse a los extranjeros, pues estas únicamente rigen respecto a los españoles (porque sólo estos ostentan vecindad civil)⁵. Por consiguiente, debemos acudir al art. 36.2º, el cual recoge una serie de criterios para determinar la ley aplicable en defecto de “tales normas internas sobre conflicto de leyes”⁶. Por lo que aquí interesa, ello tiene como resultado que la sucesión de un extranjero se regirá, con carácter general, por la ley de la unidad territorial donde éste hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento [art. 36.2º.a)]. En consecuencia, si el causante extranjero residía en Cataluña en el momento del fallecimiento se aplicará a su sucesión el Derecho civil catalán (en concreto, el libro IV CCCat), si residía en Madrid resultará aplicable el régimen civil de Derecho común (el Código Civil), y así sucesivamente.

Dicho esto, cabe precisar que, en el caso concreto de los pactos sucesorios, la ley aplicable “a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes” vendrá determinada por la norma de conflicto recogida en el art. 25.1º Reglamento nº 650/2012. En puridad, esta norma se remite a la ley que fuese aplicable si el causante hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto, por lo que resultará aplicable lo dispuesto en el art. 21.1º del Reglamento ya comentado. Por consiguiente, las consideraciones realizadas en el párrafo anterior son extrapolables a los efectos de determinar la ley aplicable a un pacto sucesorio realizado por un extranjero que tenga su residencia habitual en el Estado español, rigiéndose dicho pacto por la ley de la unidad territorial de la residencia habitual del causante en el momento de su conclusión [ex arts. 25.1º y 36.2º.a)].

determinar la ley aplicable a la sucesión de los españoles [...], se puede interpretar que el legislador español hace tácitamente uso de la facultad que el art. 38 otorga a los Estados miembros” (p. 12).

⁵ En otras palabras, si bien las “normas internas sobre conflicto de leyes” en materia de sucesiones existen (arts. 16 y 9.8º Cc), estas no valen para los extranjeros debido a la exigencia de vecindad civil.

⁶ Vid. A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo...*, op. cit., p. 481. L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, loc. cit., p. 31. S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 mayo 2019”, *La Ley: Unión Europea*, nº 74, 2019, pp. 1–22, pp. 13 y 14.

III. CARACTERES DE LA DEFINICIÓN BALEAR O *DIFFINITIO*

1. Origen y caracteres de la institución

La definición balear está regulada en el art. 50 CDCB, el cual dispone lo siguiente: “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieran recibido con anterioridad”. Cuando se aprobó su redacción actual, introducida en la reforma de 1990, este precepto regía para Mallorca (arts. 50 y 51 CDCB) y para las islas de Ibiza y Formentera (arts. 77 en relación con los arts. 50 y 51), si bien desde el año 2017 también rige en Menorca (art. 65)⁷.

La definición balear tiene su precedente histórico legal en el Privilegio que otorgó el Rey Jaume I en el cuarto idus marzo 1274, el cual hacía referencia a la dote, por el que la hija que otorgaba definición no podía interponer acción de reclamación de legítima ni de complemento de dote⁸. Posteriormente, el Rey Sancho otorgó dos Privilegios el día 8 de los idus noviembre 1319, los cuales tenían como finalidad ampliar los derechos definibles, haciéndolos extensible a la sucesión intestada y respecto de los hijos o hijas que ingresaran en una orden religiosa. Esta institución fue interpretada durante años por los doctores del Derecho Intermedio y por la Real Audiencia, cuya opinión mayoritaria señalaba que la *diffinitio* estaba formada por un presupuesto negocial, concretado en la atribución patrimonial a título lucrativo, y por la renuncia que otorgaba el hijo o hija en relación con los futuros derechos sucesorios que pudieran corresponderle⁹.

Actualmente, la definición balear ya no se fundamenta en la constitución de la dote o el ingreso del hijo o hija en una orden religiosa, si bien el tipo negocial sigue constando de dos elementos nucleares muy similares a los que se exigían en los inicios de esta institución para su correcta constitución: a) el presupuesto

⁷ Esta reforma se realizó a través de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. BOE 15.09.2017.

⁸ Para una visión amplia sobre el origen histórico de esta institución, *vid.* M.P. Ferrer Vanrell, “La *diffinitio*”, en: M.P. Ferrer Vanrell, *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ªed., Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2004, pp. 452–463, pp. 452–455. Asimismo, *vid.* F. Llodrà Grimalt y M.P. Ferrer Vanrell, “La legítima y la “*definitio*” en las Islas Baleares”, en J. Solé Resina (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, Cizur Menor, Thomson Reuters, vol. 2, 2011, pp. 2081–2146, pp. 44–46 (versión digital).

⁹ M.P. Ferrer Vanrell, “La *diffinitio*”, *op. cit.*, pp. 454 y 455.

negocial, constituido por una atribución patrimonial fundada en un título lucrativo, realizada por el ascendiente a favor de un descendiente legítimo; b) la renuncia, cuyo negocio jurídico unilateral constituye el supuesto de hecho de la *diffinitio*, mediante la cual el descendiente renuncia a todos sus derechos sucesorios o únicamente a la legítima que pudiera corresponderle¹⁰. Con todo, de faltar el presupuesto negocial, la voluntad declarada mediante la *diffinitio* no produciría los efectos jurídicos que persigue, dado que en dicho elemento se fundamenta su efecto¹¹.

2. La vecindad civil del ascendiente y la naturaleza jurídica de la *diffinitio*

El art. 50 CDCB exige que el ascendiente tenga la “vecindad mallorquina”, en virtud de cuyo requisito se ha intentado justificar –por una parte de los operadores jurídicos– la inaplicación de la *diffinitio* respecto a los extranjeros cuyo pacto sucesorio debía regirse por el derecho civil balear. Si bien esta cuestión ha sido objeto de momentos y contextos distintos¹², cabe matizar que, por regla general, se han seguido dos corrientes diferentes sobre la naturaleza del inciso “vecindad mallorquina”: De esta forma, una parte de la doctrina entiende que la vecindad civil mallorquina constituye un requisito material exigible al ascendiente que pretende realizar la atribución patrimonial¹³, mientras que otra parte entiende que este requisito no es exigible por revestir los caracteres de una norma de conflicto¹⁴. La anterior afirmación deja de lado muchos matices y opiniones que iremos desgranando a lo largo de este estudio.

¹⁰ *Ibid.*, p. 455. P.A. Munar Bernat, “Los problemas que plantea el Reglamento (UE) Nº 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 mayo 2021”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 4, 2021, pp. 227–255, p. 230.

¹¹ M.P. Ferrer Vanrell, “La *diffinitio*”, *loc. cit.*, p. 455.

¹² La polémica sobre el inciso “de vecindad mallorquina” nace, sobre todo, tras la Resolución de 24 mayo 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. BOE 24.06.2019.

¹³ En este sentido, *vid.* A. Fernández-Tresguerres García, “Los Reglamentos europeos y el Derecho interregional”, *REDI*, vol. 74, nº 1, 2022, pp. 223–231, p. 229. Asimismo, aunque sin referirse expresamente a este supuesto, sino tratándolo como un requisito más de la institución, *vid.* F. Llodrà Grimalt y M.P. Ferrer Vanrell, “La legítima y la...”, *loc. cit.*, p. 54 (digital). M.P. Ferrer Vanrell, “La *diffinitio*”, *op. cit.*, p. 459. Por otro lado, recogiendo algunas opiniones doctrinales sobre esta cuestión, *vid.* J.A. Carbonell Crespi, “La institución de la ‘Definición’ en la compilación de Derecho Civil de les Illes Balears”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, nº 8, 2006, pp. 69–113, pp. 74–77. Finalmente, *vid.* B. Bibiloni Guasp, “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España – II”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 7 abril 2021. El citado autor también hace un repaso doctrinal de las distintas posturas sobre esta cuestión, concluyendo que “la exigencia de la vecindad civil mallorquina de los ascendientes se introdujo, simple y llanamente, para aclarar que no era preciso que la poseyeran los descendientes”.

¹⁴ A tal efecto, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, p. 34. Asimismo, indicando que esta norma tiene incidencia en materia de conflicto de leyes, *vid.* S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero...?”, *loc. cit.*, p. 9–10.

Con todo, en la doctrina existe cierta discrepancia acerca de si la *diffinitio* constituye un verdadero pacto sucesorio o si, por el contrario, estamos ante un negocio jurídico unilateral¹⁵. En este contexto, la jurisprudencia balear parece inclinarse por considerar esta institución como un pacto sucesorio¹⁶, al menos en relación con la aplicación del Reglamento n° 650/2012¹⁷. Sea como fuere, debemos recordar que estamos ante un concepto autónomo¹⁸ de “pacto sucesorio” que tiene una vocación amplia¹⁹, tal como ha dilucidado el TJUE al afirmar que el pacto sucesorio “se refiere, de manera general, a un acuerdo que en particular confiera derechos relativos a “la sucesión o las sucesiones futuras”²⁰. Es más, aunque es cierto que las meras liberalidades están excluidas de su ámbito de aplicación (art. 1.2º), el TJUE ha afirmado que tal exclusión debe interpretarse de manera estricta²¹, matizando que “cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, [...] en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento”²². Por consiguiente, teniendo presente la citada jurisprudencia, parece acertada la

¹⁵ Para una visión general sobre la discusión sobre su conceptualización como pacto sucesorio o negocio jurídico unilateral, *vid.* J.A. Carbonell Crespí, “La institución de...”, *loc. cit.*, pp. 76–80.

¹⁶ A tal efecto, la sentencia del TSJIB n° 3, de 20 diciembre 2001 (ES:TSJIBAL:2001:1800), considera la definición como “un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados –el acto de liberalidad y la renuncia– y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia”. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Palma de Mallorca n° 684, de 31 octubre 2000 (ES:APIB:2000:3129), la cual se refiere a la definición como un “singular pacto sucesorio de naturaleza esencialmente contractual” (F.J. 5º).

¹⁷ A este respecto, la sentencia del TSJIB n° 1, de 14 mayo 2021 (ES:TSJIBAL:2021:460), indica de forma clara que “la donación con pacto de definición incorporada a ese instrumento reviste las características propias de un pacto sucesorio, de acuerdo con lo dispuesto en su art.3.1.b)” (F.J.6º). Asimismo, la SAP Palma de Mallorca n° 529, de 20 diciembre 2020 (ES:APIB:2020:2608), reafirma que la definición balear constituye un pacto sucesorio que, cuando es celebrado por personas de nacionalidad extranjera, comporta una situación jurídico–privada internacional o transfronteriza cuya ley aplicable vendrá determinada por el Reglamento n° 650/2012.

¹⁸ STJUE 1 marzo 2018, C–558/16, Mahnkopf, EU:C:2018:138, AP. 32; STJUE 9 septiembre 2021, C–277/20, de 9 septiembre 2021, EU:C:2021:708, ap. 29.

¹⁹ En este sentido, véase la redacción amplia del art. 3.1º.b) del Reglamento n° 650/2012.

²⁰ STJUE 9 septiembre 2021, C–277/20, de 9 septiembre 2021, EU:C:2021:708, ap. 30.

²¹ *Ibid.*, ap. 34.

²² Para una visión amplia sobre los argumentos expuestos en la citada sentencia, *vid.* I. Rodríguez–Uría Suárez, “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de ley aplicable, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021”, Asunto C–277/20: UM), *La Ley UE*, n° 98, 2021, pp. 134–144. Como indica la referida autora, el argumento fundamental que permite distinguir una mera liberalidad de un pacto sucesorio es que la transmisión del bien se produzca tras el fallecimiento del causante (p. 138). En cambio, entiende que otros argumentos como el principio de unidad no resultan relevantes para calificar un negocio jurídico como un pacto sucesorio (p. 137).

aplicación del Reglamento para determinar qué ley debe regir respecto del pacto sucesorio de *diffinitio*.

IV. LA APLICACIÓN DE LA *DIFFINITIO* A LOS EXTRANJEROS: ANÁLISIS DE UN CASO PARTICULAR

El presente epígrafe tiene por objeto analizar las distintas resoluciones dictadas en relación con la aplicación de la definición balear a una ciudadana extranjera de nacionalidad francesa, con el objeto de intentar dar respuesta a las cuestiones planteadas en la introducción. A tal efecto, hemos optado por dividir el epígrafe en dos apartados, el primero de ellos dedicado a exponer los argumentos de las distintas resoluciones dictadas en las sucesivas instancias (antecedentes del caso), salvo la dictada por el TSJIB, la cual analizamos en el segundo apartado. Esta última sentencia nos servirá como hilo conductor para tratar todas aquellas cuestiones que nos han parecido relevantes de forma unitaria.

1. *Antecedentes del caso*

El supuesto objeto de debate es, de forma resumida, el siguiente²³: Una ciudadana francesa con residencia habitual en Mallorca otorga ante notario, el 16 marzo 2018, un pacto de donación con definición de legítima. Dicho pacto tiene por objeto la donación de unos inmuebles situados en Mallorca a favor de sus dos hijos, los cuales también ostentan la nacionalidad francesa y residen en la isla, en virtud del cual éstos renuncian, a su vez, a la legítima que pudiera corresponderles a la herencia de su madre. Sea como fuere, el contenido del pacto no accede al Registro de la Propiedad porque la Registradora considera que este infringe el art. 50 CDCB, pues éste “exige como condición o presupuesto

²³ Este caso ya ha sido objeto de varios estudios, entre los cuales cabe destacar los siguientes: S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero...?”, *loc. cit.*, pp. 1–22. B. Bibiloni Guasp, “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 23.05.2020. B. Bibiloni Guasp, “El pacto sucesorio...II”, *loc. cit.* I. Espiñeira Soto, “Retirando capas de barniz: Reglamento Europeo de Sucesiones y Derecho interregional español, Resolución DGRN de 24 mayo 2019 sobre “Definición mallorquina” y Reglamento (UE) 650/2012”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 17.09.2019. A. Fernández-Tresguerres García, “Los Reglamentos europeos...”, *loc. cit.*, pp. 223–231. A. Fernández-Tresguerres García, “Derecho Interregional y reglamentos europeos”, *Revista elEconomista*, n° 46, 2021, pp. 24–25. L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, pp. 11–42. F.B. Iriarte Ángel, “¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho foral?”, *REDI*, vol. 74, n° 1, 2022, pp. 233–239. M. Masot Miquel, “Validesa del pacte de donació amb definició de llegítima atorgat per una ciutadana francesa i els seus fills, residents tots ells a Mallorca”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, n° 20, 2021, pp. 191–203. P.A. Munar Bernat, “Los problemas que...”, *loc. cit.*, pp. 227–255.

subjetivo para la validez del acto o negocio jurídico la vecindad mallorquina del ascendiente donante”²⁴. Ante estos hechos, el Notario autorizante interpone recurso ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN, si bien actualmente se denomina Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública –DGSJFP–), la cual, como veremos seguidamente, rechaza las pretensiones del recurrente.

A) Resolución de la DGRN de 24 mayo 2019²⁵

La DGRN entiende aplicable el art. 50 CDCB, si bien concluye que el pacto no resulta válido porque la donante no ostenta la vecindad mallorquina. Por lo que aquí interesa, la resolución fundamenta la aplicación del art. 50 CDCB en los arts. 27.3º y 36.3º Reglamento nº 650/2012 al entender que el requisito de la vecindad mallorquina es un requisito de carácter formal. El art. 27.3º hace referencia a la ley aplicable a la validez formal de las disposiciones *mortis causa* y de los pactos sucesorios; mientras que el art. 36.3º constituye una norma de funcionamiento que determina qué ley, de entre las que coexisten en un Estado plurilegislativo, debe aplicarse (a los efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al art. 27). En virtud de esta fundamentación, la DGRN acaba aplicando la legislación foral mallorquina, por ser ésta la ley de la unidad territorial con la que la ciudadana francesa presenta una conexión más estrecha, si bien deniega el recurso interpuesto porque entiende que el pacto de definición no es válido. A tal efecto, la DGRN entiende que, en virtud de la tradición jurídica balear, se requiere la vecindad mallorquina de la donante, requisito que no se cumpliría en el presente caso (ap. 17)²⁶.

Tras la desestimación del recurso por parte de la DGRN, la ciudadana francesa recurre la resolución ante la vía judicial, pidiendo que se reconozca la validez de la *diffinitio* y, de forma subsidiaria, que se suscite cuestión de

²⁴ Nota de calificación negativa otorgada por la Registradora de la Propiedad el 28 enero 2019.

²⁵ BOE 24.6.2019.

²⁶ La DGRN sigue una argumentación similar en la “Resolución de 20 enero 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pontevedra nº 2 a inscribir una escritura de pacto sucesorio de mejora en el contexto del Reglamento (UE) nº 650/2012”. En esta última resolución, la DGSJFP deniega la inscripción de un pacto de mejora de un ciudadano francés y una española a favor de su hijo por no disponer el marido de la vecindad civil gallega, pues entiende que el art. 4 del Derecho civil de Galicia requiere la cualidad de gallego para realizar ese pacto (F.J. 26). Si bien la DGSJFP entiende aplicable el Derecho civil gallego en el presente caso, no permite aplicar el pacto de mejora por no cumplir el disponente con un requisito relativo a la validez material del acuerdo (F.J. 25 y 28), a semejanza del caso que tratamos en este trabajo (F.J. 19 ss). No obstante, a diferencia del pacto de definición balear, la DGSJFP niega que el pacto de mejora sea, en virtud del Reglamento, un pacto sucesorio (ap. 32). Esta resolución ha sido ampliamente comentada en: S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la resolución DGSJFP de 20 enero 2022”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, nº 1, 2022, pp. 1–34.

inconstitucionalidad acerca del inciso “de vecindad mallorquina” estipulado en el art. 50 CDCB, por vulnerar la competencia exclusiva del Estado para regular los conflictos de leyes (art. 149.1º.8 CE)²⁷.

B) Sentencia del JPI de Palma de Mallorca de 11 mayo 2020

El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Palma desestima las pretensiones de la actora, si bien apartándose de los argumentos utilizados por la DGRN. A tal efecto, la resolución alega que la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento nº 650/2012 no conducen a la aplicación del derecho foral mallorquín, sino a la aplicación de la ley del Estado de su residencia, esto es, según la juzgadora, al derecho común. La juzgadora aplica los arts. 25.1º y 21.1º del Reglamento para concluir que la ley que debe regir el pacto sucesorio es la española. Seguidamente, al ser España un Estado plurilegislativo, acude al art. 36.1º para concretar la ley aplicable, pues entiende que en nuestro Estado existen normas internas sobre conflictos de leyes que resuelven esta cuestión²⁸. En concreto, entiende aplicables las normas de conflicto del Código Civil, concluyendo que, como la demandante no posee vecindad civil, el ordenamiento aplicable al pacto sucesorio será el derecho común. En consecuencia, niega la validez del pacto sucesorio porque este está prohibido por el Código Civil (arts. 816 y 1256 Cc). Finalmente, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada, la juzgadora no entiende que el art. 50 CDCB sea contrario a la Constitución, pues, a su parecer, “el art. 50 se limita a reiterar lo ya dicho por la norma estatal: que para que la institución de la “definitio” sea aplicable es menester que el donante tenga vecindad civil balear. No viola competencia exclusiva del Estado ni mantiene cosa distinta de la establecida por la legislación estatal. No establece un punto de conexión distinto o extraordinario, no contemplado ya por el Estado”.

C) Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 30 diciembre 2020

Contra la sentencia de primera instancia, la demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual revocó dicha resolución basándose en los siguientes argumentos. En primer lugar, indica que el art. 16.1º Cc contiene una norma de conflicto que determina que la ley personal será la

²⁷ Subsidiariamente a dichas pretensiones, pide que se plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE para dilucidar si la interpretación de la DGRN relativo al inciso de la vecindad mallorquina es compatible con lo establecido en los arts. 21.1º, 25.1º y 36.1º del Reglamento.

²⁸ A favor de esta interpretación, *vid.* A. Rodríguez Benot, “Una lectura europea de la aplicación del artículo 50 de la Compilación Balear a los extranjeros. A propósito del caso Crul y su deriva judicial”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, pp. 20–25, p. 22.

correspondiente a la vecindad civil (a través del art. 14 CC), si bien ésta no resuelve cuál de los distintos ordenamientos civiles deberá aplicarse cuando la legislación española deba aplicarse a un nacional extranjero, pues este carece de vecindad civil. A este respecto, concluye que no puede aplicarse el art. 36.1º Reglamento nº 650/2012 para resolver la cuestión planteada, sino que debe acudir al art. 36.2º, resultando aplicable la CDCB al tener la otorgante su residencia habitual en Mallorca.

Por su parte, en relación con la supuesta necesidad de poseer la vecindad civil mallorquina para poder acogerse al pacto sucesorio, la AP recalca que el debate en la doctrina científica se ha centrado en determinar si estamos ante una norma de conflicto o si, por el contrario, es un requisito material exigible al extranjero. Sin postularse claramente en favor de una u otra doctrina, la AP niega que pueda exigirse la vecindad civil mallorquina al extranjero que pretenda acogerse a esta institución. En concreto, aclara que, al hallarnos ante una situación jurídico-privada internacional, resulta necesaria “una interpretación de la exigencia de “de vecindad mallorquina” del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del Derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50”. Por último, la resolución subraya que esta interpretación resulta conforme a los objetivos del Reglamento nº 650/2012, destacando, entre estos, la exigencia de previsibilidad de la ley aplicable, “los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado [...] sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés”.

2. Análisis de la sentencia del TSJ de las Illes Balears de 14 mayo 2021

Contra la sentencia de la AP, la DGRN interpuso recurso de casación ante el TSJIB, alegando, en síntesis, la infracción del art. 50 CDCB al carecer la donante del requisito material de la vecindad civil mallorquina contemplada en el precepto, necesario para la validez del pacto. Además, entiende la DGRN que la interpretación del art. 36 efectuada por la AP resulta inadmisibles porque resultaría discriminatoria respecto a los españoles que no tuvieran la vecindad civil balear, “porque permite que los extranjeros definan sin tener una vecindad que sí es exigida para ello a los españoles” (F.J.4º). Sin embargo, el TSJIB dicta sentencia el 14 mayo 2021, confirmando la resolución de la AP. Seguidamente analizamos los fundamentos de esta sentencia y los ponemos en relación con los

distintos razonamientos expuestos en las distintas instancias. Para una mejor sistemática y comprensión de las cuestiones abordadas, hemos subdividido este apartado en varias secciones, intentando seguir el hilo argumental de la sentencia.

A) La posible aplicación del art. 27.3º del Reglamento nº 650/2012

La sentencia del TSJIB se pronuncia sobre la posible aplicación del art. 27.3º del Reglamento nº 650/2012 para determinar la ley aplicable a la definición, recordando los argumentos que la DGRN utilizó para proceder de ese modo. El TSJIB concluye que el art. 27.3º no resulta aplicable, sino que la validez formal de esta institución se debe regir por la ley designada según lo dispuesto en el art. 27.1º, si bien utilizando una argumentación algo críptica²⁹. A nuestro modo de ver, el razonamiento seguido en este punto no resulta del todo acertado, pues la resolución entremezcla varias cuestiones que poco tienen que ver entre sí para justificar que el requisito de la vecindad civil mallorquina no constituye una cuestión de forma sujeta a la norma de conflicto recogida en el art. 27.3º. Quizás hubiera bastado dilucidar, como ha indicado la doctrina especializada, que el art. 27.3º únicamente se aplica a las cuestiones formales de las sucesiones *mortis causa* o pactos sucesorios, y que, en ningún caso, la nacionalidad o vecindad civil de un sujeto puede considerarse como una cuestión formal³⁰. A tal efecto, como indica Garau Juaneda, a cuyo parecer nos adherimos, cuando el art. 27.3º se refiere a las disposiciones que limiten las formas admitidas de disposiciones *mortis causa*, “se está hablando de limitaciones a la utilización de un determinado soporte para la manifestación de voluntad contenida en el testamento o en el pacto sucesorio, como ha ocurrido históricamente con la forma ológrafa [...]”, por lo que, como concluye el citado autor, “la limitación del art. 50 no constituye una limitación a una determinada forma de llevar a cabo una disposición *mortis causa*”³¹. Por tanto, el art. 27.3º no resulta aplicable en el presente

²⁹ F.J.6º. En este sentido, la sentencia indica que, “aunque el art. 27.3º del Reglamento sucesorio europeo trate como cuestiones de forma las condiciones personales de alguien cuya sucesión sea objeto de un pacto, sin embargo la mención a la vecindad civil mallorquina de los ascendientes no compromete, según todo lo expuesto, la validez de la controvertida definición, ya que cumple la supeditación prevista en el art. 27.1º.a) del Reglamento sucesorio europeo, en tanto responde o halla conformidad con la ley del Estado en que se realizó [...]”.

³⁰ S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero...?”, *loc. cit.*, p. 7. Como indica el autor, “aunque el art. 27 del Reglamento no establece directamente cuáles son los preceptos que limitan las formas... podrían considerarse tales las que exigen una determinada exteriorización del negocio a través de la cual se persigue una cierta función de control, advertencia, consejo o prueba”. El citado autor trae a colación varios ejemplos para ilustrar cuando estamos ante cuestiones de forma y cuando estamos ante cuestiones de fondo, a cuyo razonamiento nos adherimos plenamente. Asimismo, sobre esta cuestión, *vid.* I. Espiñeira Soto, “Retirando capas de barniz...”, *loc. cit.* L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 28; A. Rodríguez Benot, “Una lectura europea...”, *loc. cit.*, p. 24.

³¹ L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 28. Como indica el citado autor, “el tenor literal del art. 27 no permite albergar duda alguna sobre el supuesto que contempla: el soporte formal apto para recoger la correspondiente disposición *mortis causa*” (p. 28).

caso para determinar la ley aplicable a las cuestiones formales, sino el art. 27.1º; mientras que el art. 25.3º resulta aplicable para determinar la admisibilidad, validez material y efectos del pacto sucesorio³².

B) El requisito de la vecindad civil mallorquina: carácter material o conflictual

La sentencia dedica una gran parte de su fundamentación a analizar si la mención a la vecindad mallorquina puede entenderse como un requisito de carácter material exigible a los ascendientes que pretendan definir, repasando para ello los antecedentes históricos de la *diffinitio* y sus caracteres actuales. La resolución advierte que, si bien es cierto que la costumbre era exigir la naturalidad mallorquina tanto a ascendientes como a descendientes –reflejada en los instrumentos notariales previos a la Compilación–, no es menos cierto que la primera regulación de la *diffinitio* contenida en la CDCB no exigía dicho requisito³³. Además, el TSJIB entiende que la mención a la vecindad mallorquina incorporada con la reforma de la CDCB de 1990³⁴ constituye una “reacción aclaratoria, escasamente afortunada, frente a aquellas dudas acerca de si era o no necesario que los descendientes definidores tuviesen también la vecindad mallorquina”³⁵. A tal efecto, concluye que “aquella mención no incorpora en realidad una exigencia relativa a la necesidad de vecindad civil para los ascendientes, sino que alude, de forma implícita o elíptica, a la no necesidad de esa misma vecindad para los descendientes”.

A nuestro parecer, la sentencia no se manifiesta de forma contundente sobre la naturaleza jurídica del inciso “de vecindad mallorquina”, pues titubea entre su carácter material (con expresiones tales como “aun si se entendiese que aquella conflictiva mención regula el contenido material”; “aun si pudiera ser entendida como norma de carácter material”) y su carácter conflictual (“y aun tomada como norma de conflicto”; “si se tuviera que entender como norma de carácter conflictual”); desaprovechando la ocasión para manifestarse de forma clara sobre esta cuestión. A este respecto, da una respuesta para cada supuesto, adoptando una especie de posición intermedia o neutra, indicando que, si se considera como una cuestión material, la exigencia de vecindad mallorquina no se puede imponer a los ascendientes; mientras que, si se considera como una norma de conflicto, ésta resulta irrelevante porque sólo reproduce lo que disponen las normas de

³² Sobre esta cuestión, *vid. supra*, ep. “II. Marco normativo conflictual en materia sucesoria”.

³³ La Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprobó la CDCB, reguló en su art. 50 la definición en los siguientes términos: “Por la “definición”, los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida”.

³⁴ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. BOIB nº 120, de 2.10.1990.

³⁵ En este mismo sentido se pronuncia B. Bibiloni Guasp, “El pacto sucesorio...II”, *loc. cit.*

conflicto rectoras (las del Código Civil). Varias precisiones debemos realizar al respecto.

A nuestro modo de ver, la argumentación resulta algo imprecisa porque no se aclara si el inciso controvertido debe tratarse como una norma de conflicto, argumento que parece prevalecer³⁶. Aun así, al menos la resolución analiza esta cuestión teniendo presente el ámbito conflictual, a diferencia de la postura rígida adoptada por la DGRN. Sea como fuere, no compartimos la afirmación del TSJIB de que, en caso de que se considere como una norma de conflicto, resulta irrelevante porque mimetiza o reproduce las normas de conflicto del Código Civil (en este punto coincide con la conclusión alcanzada por el JPI). Aunque así fuere, cabe recordar que la competencia exclusiva para dictar normas en materia de conflicto de leyes corresponde al Estado en virtud del art. 149.1º.8 CE, por lo que cualquier norma –o inciso de una disposición– que vulnere esa competencia exclusiva debe declararse inconstitucional³⁷. Y ello con independencia de que la legislación civil especial únicamente reproduzca de forma literal las normas de conflicto del Código Civil³⁸, pues nada impide que estas últimas puedan sufrir modificaciones en el futuro o verse desplazadas por otras, como ocurre en el presente caso con las normas del Reglamento nº 650/2012³⁹.

³⁶ En todo caso, parece predominar la argumentación a favor del carácter conflictual del inciso “de vecindad mallorquina”, con oraciones tales como “la referencia a la vecindad civil mallorquina de los ascendientes [...], determina la vinculación –entre persona y territorio– adecuada para la aplicabilidad a aquella (la persona) de la norma vigente en éste (el territorio) [...]” (F.J. 6º).

³⁷ A tal efecto, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, pp. 25 y 26. P.A. Munar Bernat, “Los problemas que plantea...”, *loc. cit.*, p. 245. Finalmente, exponiendo distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de este inciso, *vid.* B. Bibiloni Guasp, “El pacto sucesorio...II”, *loc. cit.* Como se indica en la STC nº 93, de 23 abril 2013 (ES:TC:2013:93) y en la STC nº 157, de 16 septiembre 2021 (ES:TC:2021:157), “la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico” (F.J. 6 y 8 respectivamente).

³⁸ *Vid.* S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero...?”, *loc. cit.*, pp. 9 y 12; S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 15–43, p. 25. Como indica este autor, para este tipo de normas, “el hecho de que su consecuencia jurídica coincida con la reglamentación estatal no lo hace menos inconstitucional”. Además, “una norma como la que ahora comentamos, amén de innecesaria y vacía, puede convertirse en formalmente contradictoria con la normativa estatal en cualquier momento”. En sentido similar, Font i Segura indica que, pese a estar ante una reiteración de la norma de conflicto aplicable (en relación con el 50.3 CDCB), debe mantenerse su inconstitucionalidad. A. Font i Segura, “La sucesión hereditaria en el Derecho interregional”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2000, pp. 23–82, p. 65.

³⁹ A este respecto, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, pp. 33 y 34. Como indica el citado autor, “decir pues que el art. 50 no contraviene la norma estatal (o la de la UE que la sustituye al menos en supuestos transnacionales) resulta un anacronismo: no la contravenía mientras no fue aplicable el Reglamento (UE) nº 650/2012, pero sí la contraviene desde el momento en que en virtud de este la ley española ha pasado a ser la ley rectora de la sucesión de los extranjeros con residencia habitual, en el momento de fallecer, en España”.

Dicho esto, cabe preguntarse si realmente estamos en presencia de una norma de conflicto o si, como mínimo, el inciso controvertido (“de vecindad mallorquina”) tiene incidencia en el ámbito conflictual. Pues bien, desde nuestro punto de vista, en el art. 50 CDCB confluyen dos tipos de normas: una norma sustantiva, destinada a regular el pacto sucesorio de definición (el presupuesto negocial, la renuncia, los sujetos intervinientes, etc.), y una norma de conflicto unilateral, la cual establece el ámbito de aplicación espacial–personal de la *diffinitio*⁴⁰. La norma de conflicto unilateral reuniría todos sus elementos: el supuesto de hecho (el pacto sucesorio conocido como definición), el punto de conexión (la vecindad mallorquina) y la consecuencia jurídica (la aplicación de esta institución únicamente a los ascendientes que posean la vecindad mallorquina, es decir, únicamente podrán someterse a dicho régimen jurídico los ascendientes que posean dicha vecindad)⁴¹. Es más, aunque no fuera considerada como una norma de conflicto unilateral, lo que resulta indudable y comúnmente aceptado es que el inciso “de vecindad mallorquina” tiene, como mínimo, carácter conflictual, esto es, repercute de forma directa en el ámbito de aplicación espacial–personal de la norma balear⁴². En consecuencia, el citado inciso invade claramente la competencia exclusiva del Estado en materia de conflicto de leyes, por lo que cabe concluir que, a nuestro modo de ver, resulta inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el art. 149.1º.8 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que las normas autonómicas que delimitan su propio ámbito de aplicación son inconstitucionales, refiriéndose expresamente a aquellas que utilizan como punto de conexión el criterio de la vecindad civil⁴³.

C) ¿La aplicación del art. 50 CDCB a los extranjeros resulta discriminatorio respecto de los españoles?

En este apartado nos preguntamos si la aplicación de la definición balear a los extranjeros resulta discriminatoria o hace de peor condición a los españoles, tal

⁴⁰ En sentido similar, si bien no idéntico, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, p. 34.

⁴¹ Por consiguiente, como resulta lógico, este ámbito de aplicación espacial–personal no tiene repercusión sobre los sujetos que renuncian o definen sus derechos sucesorios, esto es, sobre los descendientes.

⁴² La propia sentencia así lo considera en el F.J. 6º.

⁴³ En este sentido, *vid.* STC nº 93, de 23 abril 2013, ES:TC:2013:93. Como se indica en esta sentencia, “al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes [...] que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, según hemos ya señalado. En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir ésta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes” (F.J.6º). *Vid.*, asimismo, la STC nº 157, de 16 septiembre 2021, (ES:TC:2021:157), F.J. 8º.

como argumenta la DGRN. Podemos adelantar que la respuesta debe ser negativa, si bien primero vamos a traer a colación la fundamentación realizada por el TSJIB. En este contexto, la resolución nos recuerda que la conexión fundamental en el ámbito del Reglamento nº 650/2012 es la residencia habitual del disponente en el momento de concluir el pacto sucesorio, el cual prevé un punto de conexión distinto al previsto en el Código Civil, referido a la vecindad civil, de imposible aplicación al caso por ser exclusivamente operativo respecto de los españoles. Entiende el TSJIB que no cabe establecer una comparación viable a partir de esos elementos heterogéneos, por lo que concluye que “no genera discriminación permitir que la disponente –como ciudadana extranjera de la Unión Europea residente en Mallorca– pueda ordenar su sucesión individual conforme a la ley aplicable en dicha isla, por ser lo mismo que pueden hacer los españoles que cumplan con el requisito de la vecindad civil impuesto por la ley interna, y porque impedirle a aquella hacerlo por razón de su nacionalidad sí que resultaría discriminatorio” (F.J.7º). En este punto coincidimos con el razonamiento y la conclusión alcanzada por el TSJIB, si bien con alguna matización.

A este respecto, cabe subrayar que las soluciones adoptadas en materia de conflicto de leyes por el Reglamento nº 650/2012 y el Código Civil no son, ciertamente, equiparables; pues la primera se basa en la ley de la residencia habitual y la segunda en el criterio de la nacionalidad (y la vecindad civil). Tampoco cabe olvidar que, actualmente, el Código Civil se aplica, sobre todo, en relación con los conflictos internos de leyes, si bien respecto de esta última aseveración existe cierta discrepancia. Siguiendo a Garau Juaneda, entendemos que España ha hecho uso de forma tácita de la facultad contemplada en el art. 38 del Reglamento, pues no ha modificado los artículos del Código Civil dedicados a resolver los conflictos de leyes internos (arts. 9.8º y 16 Cc)⁴⁴. En este contexto, la cuestión más peliaguda consiste en determinar que debe entenderse por “conflicto interno de leyes” en materia sucesoria, pues el Reglamento no recoge una definición al respecto. En defecto de esta conceptualización y a falta de un pronunciamiento expreso del TJUE, entendemos que debe construirse este concepto a partir de las normas de conflicto internas que debieran ser, precisamente, aplicadas. En materia de sucesiones, estas normas se concretan en los arts. 9.8º y 16 Cc, por lo que, combinando ambos preceptos, entendemos que existirá un “conflicto interno de leyes” cuando, conociendo del caso un tribunal español, se deba determinar la ley aplicable a la sucesión de un español (los únicos que pueden ostentar vecindad civil *ex art. 14 y 16.1º Cc*), “cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren” (art. 9.8º Cc)⁴⁵.

⁴⁴ L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁵ A tal efecto, Garau Juaneda entiende que estamos ante un conflicto interno cuando la sucesión se plantea respecto de un nacional español y ante un tribunal español, sin perjuicio de que existan bienes de la sucesión en el extranjero; aplicándose las normas de conflicto del Código Civil por remisión

Sea como fuere, está generalmente admitido que la sucesión de un español se regirá por las normas de conflicto del Código Civil (arts. 9.8º y 16 Cc), ya se entienda como un conflicto interno de leyes (en virtud del art. 38 Reglamento nº 650/2012) o como una remisión a un sistema plurilegislativo (en virtud del art. 36.1º)⁴⁶ –siempre que, en este último caso, resulte aplicable la ley española–, lo que nos conduce a aplicar el ordenamiento jurídico correspondiente a su vecindad civil. Por tanto, un español no puede verse sometido a la legislación balear en virtud de la conexión “residencia habitual”, sino únicamente por poseer la vecindad civil balear. En consecuencia, aunque resulte una obviedad, cuando un español quede sometido a la legislación civil balear siempre tendrá la opción de utilizar la institución de la *diffinitio*, pues cumplirá irremediabilmente con la condición de “vecindad mallorquina” impuesta por el art. 50 CDCB (o, en su caso, por la vecindad menorquina o ibicenca⁴⁷). En otras palabras, no se produce discriminación respecto del español por el simple hecho de que este, cuando queda sometido al derecho civil balear, puede utilizar el pacto sucesorio de la definición. En cambio, entendemos que sí resultaría discriminatorio que el ciudadano extranjero sometido al derecho civil balear, en virtud de las normas de conflicto correspondientes (las cuales, recalcamos: ¡son distintas a las previstas para los españoles!), se le exigiera una condición de imposible cumplimiento, esto es, ostentar la “vecindad mallorquina”⁴⁸.

Para comprender mejor la postura que defendemos cabe traer a colación la construcción teórica realizada por Garau Juaneda sobre el ámbito espacial de las

implícita del art. 38 del Reglamento. Como indica el autor “el hecho de que el causante español fallezca teniendo su residencia fuera de España o posea bienes en el extranjero es irrelevante para nuestras normas de origen estatal y no rompe su carácter de conflicto interno”. L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento...”, *loc. cit.*, pp. 11 y 12. En contra de esta conceptualización, por considerar que en estos supuestos estamos ante un supuesto internacional, *vid.* 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. 7–28, p. 16 (cita 18).

⁴⁶ Una gran parte de la doctrina entiende que, en los casos con elemento internacional o transnacional, estaremos ante una remisión a un sistema plurilegislativo cuando deba aplicarse la legislación española –ya sea la sucesión de un español o un extranjero y con independencia de cuál sea el tribunal competente–, aplicándose en este caso el art. 36.1 del Reglamento, el cual también acaba remitiendo a las normas de conflicto del Código Civil. A tal efecto, *vid.* A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo...*, *op. cit.*, pp. 478–480; S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, pp. 7–28, pp. 15–19. Por tanto, actualmente la solución en ambos casos, por regla general, es la misma: aplicar los arts. 16.1º y 9.8º CC.

⁴⁷ Siguiendo a Masot, aunque la redacción de los respectivos preceptos resulta muy criticable, cabe entender que el legislador viene a exigir la respectiva subvecindad civil (menorquina e ibicenca/formenterense) para otorgar los pactos de definición respecto a los territorios de Menorca e Ibiza/Formentera. M. Masot Miquel, “Validesa del pacte...”, *loc. cit.*, p. 199.

⁴⁸ Como indica Álvarez González, no cabe resucitar en un segundo escalón el criterio de la vecindad civil cuando el Reglamento ha optado por otra conexión. En sentido similar, *vid.* L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, pp. 34 y 35.

normas jurídicas (ámbito de vigencia, aplicación y eficacia espacial)⁴⁹. A este respecto, no se debe confundir el ámbito de vigencia del derecho civil balear (donde rige o está en vigor), el cual coincide con el territorio de la Comunidad Autónoma, con su ámbito de eficacia, esto es, dónde debe ser aplicado el derecho balear, el cual dependerá de las normas de conflicto aplicables a través de sus distintas conexiones. Partiendo de esta premisa, un ciudadano residente en las Illes Balears no tiene porqué quedar sometido a la legislación civil balear, sino que dependerá de lo dispuesto en las normas de conflicto. Todo ello nos conlleva a afirmar que, en el ámbito sucesorio, no es equiparable la situación de un extranjero residente en Mallorca, el cual quedará sujeto al derecho balear (por disposición del Reglamento nº 650/2012), que un español residente en Mallorca que no tenga vecindad civil balear, el cual no quedará sujeto a dicha legislación (por lo dispuesto en las normas de conflicto del Cc). Dicho español residente en Mallorca no podrá realizar un pacto sucesorio de *diffinitio* por el simple hecho de que no está sometido a la legislación civil foral balear, con independencia de que ese sea el Derecho que esté vigente en su lugar de residencia. De esta forma se justifica que, aunque ambos residan en Mallorca, estén sometidos a regímenes jurídicos distintos, sin que esa disparidad resulte discriminatoria.

Finalmente, cabe remarcar que, aunque el inciso “de vecindad mallorquina” se entendiera como un requisito material, no podría resultar exigible por dos motivos fundamentales: Primero, porque su aplicación a los extranjeros residentes en Mallorca vulneraría la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad recogida en los arts. 18 TFUE y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵⁰. De esta forma, de entre los sujetos sometidos al

⁴⁹ Como indica el autor, cabe tener presente que el derecho está vigente en un determinado espacio, coincidente normalmente con la base territorial del Estado o CA que lo ha dictado (ámbito de vigencia espacial); el supuesto de hecho contemplado en la norma se debe localizar en un determinado territorio para que esta sea de aplicación, función que se realiza a través de conexiones territoriales –v.gr. lugar de producción del hecho o situación del bien– o que responden a la vinculación de una persona con un territorio –v.g. la nacionalidad o la vecindad civil– (ámbito de aplicación espacial); y, finalmente, el derecho se aplica en un determinado territorio (ámbito de eficacia espacial), el cual suele coincidir con el territorio en el que rige dicha norma. L. Garau Juaneda, “El ámbito de vigencia...”, *loc. cit.*, pp. 14–15. Asimismo, para una visión más amplia sobre estas cuestiones, *vid.* L. Garau Juaneda, “Sobre las diferentes relaciones entre norma jurídica y territorio”, en: J. Basedow, *et al.*, *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2001, pp. 415–428. L. Garau Juaneda, “Espacio y tiempo en el Derecho”, en C. Esplugues Mota (coord.) *et al.*, *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 101–116, pp. 108–115. L. Garau Juaneda, “Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho intertemporal asociadas a los mismos”, en: F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y O. Monje Balmaseda (Dir.), *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 1–35, pp. 2–3.

⁵⁰ F.B. Iriarte Ángel, “¿Puede un extranjero...?”, *loc. cit.*, p. 238; J.J. Pérez Milla, “Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español”, *La Ley: Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 1–22, pp. 15 y 16.

derecho civil balear, serían los únicos que no podrían definir, por lo que la vulneración parece clara. Segundo, porque anularía el efecto útil del Reglamento n° 650/2012, pues este último impone –en defecto de *professio iuris*– la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante/donante, sin que su aplicación pueda quedar a expensas de un requisito material de origen interno. En este sentido, el TJUE ha reiterado que es el derecho interno el que debe adaptarse al derecho de la UE y no a la inversa⁵¹, pues las normas internas no pueden “frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas”⁵². Con todo, cabe recordar que el Reglamento debe aplicarse siguiendo los criterios de certeza y previsibilidad⁵³, lo cual se incumple cuando un requisito interno hace inaplicable la norma que, en principio, debía regir la sucesión o el pacto sucesorio de la persona en cuestión.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en este epígrafe intentamos dar respuesta a las cuestiones planteadas al inicio del trabajo, teniendo presente los distintos argumentos expuestos.

1. La principal conclusión que extraemos del análisis efectuado en este estudio es que una norma de una determinada legislación foral o especial no puede vaciar de contenido lo dispuesto por la norma de conflicto aplicable. Este proceder vulneraría los principios de certeza y previsibilidad exigidos por el derecho conflictual y podría suponer, como en el presente caso, una quiebra del principio de no discriminación previsto en el TFUE y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Cuando la norma de conflicto derivara de un Reglamento europeo se estaría vulnerando, además, el principio de primacía del derecho de la UE. Y cuando la disposición controvertida revistiera carácter conflictual, como en el caso analizado, se estaría invadiendo la competencia exclusiva del

⁵¹ STJUE 15 julio 2010, C-256/09, *Purrucker*, EU:C:2010:437, ap. 99. Como indica la citada sentencia, “corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate”. Asimismo, *vid.* STJUE 8 noviembre 2005, C-433/03, *Leffler*, EU:C:2005:665, ap. 51. En este mismo sentido, Masot se muestra a favor de la primacía del Derecho europeo y de lo dispuesto en las resoluciones referenciadas (citando lo resuelto por la AP de Palma). M. Masot Miquel, “Validesa del pacte...”, *loc. cit.*, p. 196 y 197. Igualmente, a favor de la aplicación de los principios de primacía y efecto directo del Derecho europeo en este caso, *vid.* F.B. Iriarte Ángel, “Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 diciembre 2020”, *CDT*, vol. 13, n° 2, pp. 784-788, p. 787.

⁵² SAP Palma de Mallorca n° 529, de 20 diciembre 2020 (ES:APIB:2020:2608), F.J.3°.

⁵³ F.B. Iriarte Ángel, “Extranjeros y derechos forales...”, *loc. cit.*, p. 787.

Estado para dictar normas para resolver los conflictos de leyes, lo cual resultaría inconstitucional.

2. Como consecuencia de la anterior conclusión, no cabe aceptar como válida la teoría del segundo escalón, por la cual los extranjeros sometidos a un determinado Derecho civil foral deban cumplir, además, ciertos requisitos que únicamente pueden cumplir los sujetos que ostentan una determinada vecindad civil (pues dichas exigencias han sido configuradas teniendo en cuenta sus particularidades). Por consiguiente, ya sea para aplicar una parcela del derecho civil especial o una concreta institución, no cabe exigir una condición de imposible cumplimiento a los extranjeros, como es la de ostentar una determinada vecindad o subvecindad civil. Es decir, no cabe frustrar el efecto útil de las normas de conflicto aplicables con disposiciones materiales o conflictuales camufladas, so pena incurrir en una aplicación discriminatoria respecto de los extranjeros.
3. En el ámbito de los pactos sucesorios de extranjeros, la opinión doctrinal mayoritaria considera que, una vez determinada la ley aplicable a la validez material, admisibilidad y eficacia del pacto conforme al art. 25.1º Reglamento nº 650/2012, si éste conduce a la ley española deberá acudir al art. 36.2º para determinar qué ordenamiento jurídico deberá aplicarse de entre los que coexisten en España. Este parecer ha sido ratificado por la sentencia objeto de análisis (F.J.7º), así como por la resolución de la AP (F.J.3º). Por consiguiente, debe descartarse la aplicación del art. 27.3º para determinar si un pacto sucesorio resulta válido materialmente, pues este precepto únicamente se refiere a las cuestiones formales.
4. Aunque el requisito de la vecindad mallorquina estipulado en la *diffinitio* se hubiera concebido como un requisito de carácter material, no podemos obviar que en su formulación actual tiene repercusión directa en el ámbito de aplicación personal–espacial de la norma, esto es, tiene incidencia en el ámbito conflictual. El requisito de la vecindad mallorquina se incorporó con la reforma de la CDCB producida en el año 1990 y venía a reproducir el ámbito de aplicación personal–espacial que le correspondía según las normas de conflicto del Código Civil. No obstante, con la entrada en vigor del Reglamento nº 650/2012 esta situación cambia radicalmente, pues se modifica el criterio de conexión y, por tanto, dicho requisito deviene inconstitucional. Para evitar estas situaciones, hemos remarcado que tampoco se debe permitir la pervivencia de las normas de conflicto que reproducen las recogidas en el Código Civil. Sea como fuere, aunque su inconstitucionalidad no se haya puesto en duda hasta la fecha, ello no es óbice para cuestionar su adecuación a la Constitución, como ha señalado recientemente el TC⁵⁴.

⁵⁴ STC nº 157, de 16 septiembre 2021 (ES:TC:2021:157). Como indica esta sentencia, “la indisponibilidad de las competencias y la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales [...] son razones que desautorizan cualquier alegato asentado sobre la idea

5. Finalmente, por todos los argumentos expuestos, cabe plantear la reforma del inciso “de vecindad mallorquina” del art. 50 CDCB para evitar su inconstitucionalidad y su aplicación discriminatoria respecto a los extranjeros. Quizás, por último, cabría reabrir el debate acerca de la posibilidad de modificar el punto de conexión de la “vecindad civil” por el de la “residencia habitual”⁵⁵. Aunque esta cuestión requiere de un estudio profuso que excede del objeto del presente trabajo, este cambio de conexión permitiría que tanto los españoles como los extranjeros que residieran habitualmente en un mismo territorio quedaran sujetos a la normativa vigente en dicho lugar. Y ello, tanto en materia de sucesiones como en materia de obligaciones contractuales (y, aunque con matices, también en otras materias, como la separación y el divorcio o las obligaciones alimenticias), dado que los Reglamentos europeos utilizan, como regla general y en defecto de pacto, la conexión de la residencia habitual de alguna de las partes implicadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 15–43.
- : “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. 7–28.
- : “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 mayo 2019”, *La Ley: Unión Europea*, nº 74, 2019, pp. 1–22.
- : “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la resolución DGSJFP de 20 enero 2022”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, nº 1, 2022, pp. 1–34.
- Álvarez Rubio, J.J.: “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro”, *Derecho privado y Constitución*, nº 38, 2021, pp. 11–48.
- Bibiloni Guasp, B.: “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 23.05.2020
- : “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España – II”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 07.04.2021

de aquiescencia por no haberse planteado en tiempo el conflicto o el recurso, con sujeción al juego de los plazos previstos en el art. 62 o en el art. 33 LOTC” (F.J. 3º).

⁵⁵ A. Borrás Rodríguez, “Quin hauria de ser el paper del veïnage civil en el Dret interregional del futur?”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, nº 4, pp. 995–1020; J.J. Álvarez Rubio, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro”, *Derecho privado y Constitución*, nº 38, 2021, pp. 11–48, pp. 37–44. P.A. Munar Bernat, “Los problemas que plantea...”, *loc. cit.*, p. 242.

- Bonomi, A. y Wautelet, P.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 julio 2012*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 474–486.
- Borrás Rodríguez, A.: “Quin hauria de ser el papel del veïtnage civil en el Dret interregional del futur?”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, n.º 4, pp. 995–1020.
- Carbonell Crespí, J.A.: “La institución de la “Definición” en la compilación de Derecho Civil de les Illes Balears”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n.º 8, 2006, pp. 69–113.
- Espiñeira Soto, I.: “Retirando capas de barniz: Reglamento Europeo de Sucesiones y Derecho interregional español, Resolución DGRN de 24 mayo 2019 sobre “Definición mallorquina” y Reglamento (UE) 650/2012”, publicado en www.notariosyregistradores.com el 17.09.2019.
- Fernández-Tresguerres García, A.: “Los Reglamentos europeos y el Derecho interregional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n.º 1, 2022, pp. 223–231.
- : “Derecho Interregional y reglamentos europeos”, *Revista el Economista*, n.º 46, 2021, pp. 24–25.
- Ferrer Vanrell, M.P.: “La diffinitio”, en: M.P. Ferrer Vanrell, *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ªed., Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2004, pp. 452–463.
- Font i Segura, A.: “La sucesión hereditaria en el Derecho interregional”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 2000, pp. 23–82.
- Garau Juaneda, L.: “El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del art. 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 21, 2020, pp. 11–42.
- : “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”, *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 2, 2015, pp. 1–14.
- : “Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho intertemporal asociadas a los mismos”, en: F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y O. Monje Balmaseda (Dir.), *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 1–35.
- : “Sobre las diferentes relaciones entre norma jurídica y territorio”, en: J. Basedow, *et al.*, *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2001, pp. 415–428.
- : “Espacio y tiempo en el Derecho”, en Esplugues Mota, C. (coord.) *et al.*, *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 101–116.
- : “La aplicación de los Reglamentos de la UE a los llamados “conflictos internos” y el necesario cambio de paradigma sobre la función de las normas de conflicto”, *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 10, 2019, pp. 1–14, pp. 9–11.
- Iriarte Ángel, F.B., “Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 diciembre 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 2, pp. 784–788.
- : “¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho foral?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n.º 1, 2022, pp. 233–239.
- Llodrà Grimalt, F. y Ferrer Vanrell, M.P.: “La legítima y la “definitio” en las Islas Baleares”, en: J. Solé Resina (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, Navarra, Thomson Reuters, vol. 2, 2011, pp. 2081–2146, pp. 44–46 (digital).

- Martín Romero, J.C.: “Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 mayo 2019”, publicación en elNotario, Disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/9503-comentarios-al-hilo-de-la-resolucion-de-la-dgrn-de-24-de-mayo-de-2019>
- Masot Miquel, M.: “Validesa del pacte de donació amb definició de llegítima atorgat per una ciutadana francesa i els seus fills, residents tots ells a Mallorca”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 20, 2021, pp. 191–203.
- Munar Bernat, P.A.: “Los problemas que plantea el Reglamento (UE) Nº 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 mayo 2021”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 4, 2021, pp. 227–255.
- Pérez Milla, J.J.: “Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español”, *La Ley: Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 1–22.
- Rodríguez Benot, A.: “Una lectura europea de la aplicación del artículo 50 de la Compilación Balear a los extranjeros. A propósito del caso Crul y su deriva judicial”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, pp. 20–25.
- Rodríguez-Uria Suárez, I.: “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de ley aplicable, (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021, Asunto C–277/20: UM)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 98, 2021.

Recibida: 1 julio 2022
Aceptada: 6 agosto 2022

La residencia electrónica como criterio de conexión para determinar la ley personal

Antonio MERCHÁN MURILLO*

SUMARIO: I. Introducción. II. La nacionalidad y la residencia habitual como criterios de conexión. 1. Nacionalidad. 2. Residencia habitual. III. Hacia la residencia electrónica como criterio de conexión. 1. Ciudadanía europea. 2. Residencia electrónica. IV. Capacidad jurídica, capacidad de obrar y capacidad digital. 1. El funcionamiento de la identidad en función del contexto: A) Tipos de identidad digital; B) Gestión de la identidad digital; C) Sistemas de gestión de la identidad; D) Sistema de gestión de la identidad basada en la identidad soberana. V. La consideración en la UE de una Identidad Digital Única a la residencia electrónica como criterio de conexión de la ley personal, a través del marco normativo. VI. Conclusiones.

RESUMEN: Para determinar la Ley personal se utilizan diferentes criterios de conexión para la determinación de dicho ordenamiento: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. Ahora bien, teniendo presente el mundo informático, debe realizarse una profundización en el tráfico jurídico informático. Concretamente, queremos hacer un estudio que nos lleve a la residencia electrónica como criterio de conexión, para determinar la ley personal. Para ello, nos centraremos en la capacidad, donde quizá pueda observarse con mayor nitidez. De esta forma, se trata de determinar si el criterio para determinar la capacidad digital tiene que ser la nacionalidad o si puede ser directamente la residencia habitual; cómo se concretaría técnicamente el mismo.

PALABRAS CLAVE: ESTATUTO PERSONA – NACIONALIDAD – RESIDENCIA HABITUAL – RESIDENCIA ELECTRÓNICA; CRITERIOS DE CONEXIÓN

Electronic residence as a connecting factors to personal law

ABSTRACT: To determine the Personal Law, different connecting factors are used to determine said order: nationality, domicile and habitual residence. Now, keeping in mind the computer world, an in-depth study of computer legal traffic should be carried out. Specifically, we want to carry out a study that leads us to electronic residence as a connecting factor, to determine the personal law. To do this, we want to focus on capacity, where it can perhaps be seen most clearly. In this way, it is about determining if the criterion to determine the digital capacity has to be the nationality or if it can be directly the habitual residence; How would it be done technically?

KEYWORDS: PERSONAL STATUS; NATIONALITY; HABITUAL RESIDENCE; E-RESIDENCY; CONNECTING FACTORS.

* Profesor ayudante doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad Pablo de Olavide.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina¹ ha definido la Ley personal como el ordenamiento jurídico estatal que regula el estatuto personal de un individuo. En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal, un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones: la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de una consideración de la persona como individuo aisladamente considerado; la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y la amplia que agregaría a lo precedente la sucesión mortis causa por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad². Asimismo, se puede poner de manifiesto que se han venido utilizando diferentes criterios de conexión para la determinación de dicho ordenamiento: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual.

Desde un punto de vista histórico, en una primera fase de evolución del Derecho internacional privado una primera fase abarcaría el periodo estatutario (Edad Media hasta finales del siglo XVIII), en la que el criterio utilizado fue el domicilio, siendo los conflictos de leyes entre ordenamiento de las ciudades y no entre ordenamientos estatales. En una segunda etapa (s. XIX) se puede observar el triunfo del criterio de la nacionalidad sobre el domicilio, lo que apareció tanto en el plano doctrinal como normativo. El último proceso histórico (segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días) irrumpe con fuerza el criterio de la residencia habitual promovido desde la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y por la UE, criterio que se ha ido imponiendo también en las diversas legislaciones estatales³. Por otro lado, desde una perspectiva funcional, los criterios de conexión especificados, pueden explicarse en un sentido en el que la nacionalidad es un criterio que personifica el vínculo jurídico-político entre un individuo y un Estado; el domicilio es el criterio que identifica formalmente a la persona con un territorio; y, finalmente, la residencia habitual es el criterio que representa el país en que se halla el centro de gravedad real de la vida del sujeto⁴, en el sentido, como indica la STJUE 2 abril 2009,

¹ Destacando entre ellas, A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 73; A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de derecho internacional privado*, 9ª Ed., Madrid, Tecnos, 2022, p. 161.

² A. Rodríguez Benot, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *CDT*, vol. 2, 2010, pp. 186-202.

³ A.-L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 150.

⁴ A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de Derecho...*, *op. cit.*

asunto C-523/07⁵, “se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado”.

En este contexto, tengamos presente el mundo informático, observemos que cada vez se realizan más transacciones y/o procedimientos más electrificados. Obsérvese como ha aparecido la identidad digital y con ella comienza a hablarse de e-residencia; la capacidad obrar, hablándose, además, de la capacidad digital; el acceso electrónico a procesos transfronterizos de manera electrónica, la necesidad de solicitar la realización de una prueba, que puede ser electrónica, tanto la solicitud como la prueba en sí, pero en ningún caso se encuentra definida en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, ni siquiera hay una definición de lo que es un dato.

Lo anterior nos debe llevar a una profundización en el tráfico jurídico informático. Concretamente, queremos hacer un estudio que nos lleve a la residencia electrónica como criterio de conexión, para determinar la ley personal. Para ello, queremos centrarnos en la capacidad, donde quizá pueda observarse con mayor nitidez.

II. LA NACIONALIDAD Y LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIOS DE CONEXIÓN

Los criterios de conexión a las que hacemos referencia (nacionalidad, domicilio y residencia habitual), para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los sistemas contemporáneos de Derecho internacional privado se ajustan, en el caso español, a dos de ellas: la nacionalidad y la residencia habitual. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la división del mundo entre partidarios de la nacionalidad y partidarios de la residencia habitual llevó a sopesar las ventajas y desventajas respectivas de estos dos elementos de conexión, llegando a la conclusión de que estaban equilibrados y, sobre todo, a resaltar la naturaleza relativa de sus méritos, que varían de una situación a otra, de ahí la utilidad de no invocar exclusivamente a uno de ellos⁶.

⁵ STJUE 2 abril 2009, asunto C-523/07, FJ 44 (ECLI:EU:C:2009:225).

⁶ Y. Loussouarn, “Le rôle de la méthode comparative en Droit international privé français”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, p. 318.

1. Nacionalidad

Las cuestiones que están sujetas al art. 9.1º Cc y la ley personal son: la capacidad de las personas físicas, la declaración de ausencia y fallecimiento, la mayoría y minoría de edad, sexo de las personas y la emancipación⁷. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el citado artículo no sólo establece la Ley aplicable a las materias señaladas; pues, además, recoge el principio general de reglamentación, que sirve para interpretar el sistema español del Derecho internacional privado en materias relativas al Derecho de la persona y familia y para integrar las lagunas legales que pueden surgir en esta materia⁸.

En este contexto, debe precisarse que lo que viene a indicar este artículo es que en los casos internacionales con elemento extranjero es, por ejemplo, cuál es la capacidad de obrar de una persona y, para ello, debe consultarse su Ley nacional. De esta forma, nuestro derecho admite la capacidad de obrar de una persona que ésta ha adquirido a tenor de su Ley nacional. Esta perspectiva adoptada por el citado artículo es semejante al reconocimiento de un estatus jurídico. Como se observa el art. 9.1º Cc es una norma de conflicto que tiene presente la Ley que ya ha sido aplicada a la capacidad y estatus civil de una persona y el estatus jurídico ya creado en virtud de la aplicación de dicha Ley⁹. Por ello puede afirmarse que el citado artículo no conduce a aplicar en España la ley nacional del sujeto sino reconocer el estado jurídico de una persona que es el resultado de la aplicación de su Ley nacional¹⁰.

Lo anterior debe llevarnos a observar el escaso relieve de la Ley personal como Ley personal en el Derecho internacional privado de la UE al haber relegado la conexión de la nacionalidad a una posición subsidiaria en favor de la residencia habitual, entre otras razones porque, la UE carece de competencia legislativa para crear una nacionalidad europea, la ciudadanía europea no reemplaza la nacionalidad de los Estados miembros y porque la residencia habitual acelera la integración europea. Ahora bien, como ha indicado el TJUE,

⁷ P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel, eds.), Madrid, Colex, 2000, p. 167.

⁸ J.J. Ezquerro Ubero e I. Lázaro González, “El criterio de la nacionalidad en la reforma del Derecho internacional privado español”, en *La inmigración en la España del siglo XXI: desafíos jurídicos, sociales y económicos, monográfico de ICADE* (Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas), nº 69 (septiembre–diciembre de 2006), pp. 292–295.

⁹ A–L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado...*, op. cit.

¹⁰ M. Aguilar Benítez De Lugo, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, en I. García Rodríguez (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 312.

entre otras en la Sentencia de 12 septiembre 2006, asunto C-145/04¹¹, aunque la determinación y regulación jurídica de la nacionalidad de una persona física es competencia exclusiva de los Estados miembros debe ejercitarse con respecto al Derecho de la UE¹².

2. *Residencia habitual*

La residencia habitual, en palabras del profesor José María Espinar Vicente, “nació con la finalidad principal de expresar, en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa, el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico. Se trataba de encontrar una vinculación distinta capaz de traducir, en los términos de la realidad actual, los niveles de integración sociológica de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico. Por consiguiente, la residencia habitual pretende ser índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivamente comprobables”¹³.

De esta forma, por la falta del dato de la nacionalidad o por la urgencia en el establecimiento de medidas protectoras, entra en juego la ley de la residencia habitual¹⁴. Precisamente se ha utilizado esta expresión, en lugar de la de domicilio, porque el art. 40 Cc establece el domicilio como el lugar de residencia habitual que es, por otra parte, la fórmula predominante en el derecho internacional privado de la UE e incluso la contenida en tratados suscritos por España, especialmente, en los elaborados por la Conferencia de la Haya.

Por tanto, la conexión de la residencia habitual ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual. Así, de manera genérica, la residencia habitual opera en nuestro sistema de Derecho internacional privado en calidad de conexión subsidiaria general respecto de la nacionalidad, cuando la persona de que se trate carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada, en todas las materias cubiertas por el estatuto personal en la concepción amplia que se observa en el art. 9.10º Cc¹⁵.

¹¹ STJUE 12 septiembre 2006, asunto C-145/04, FJ 78 (ECLI:EU:C:2006:543)

¹² I. González García, “TJCE – Sentencia de 12.09.2006, España/reino unido, c-145/04, parlamento europeo – elecciones – derecho de voto – ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, Madrid, enero/abril (2008), pp. 213–232.

¹³ J. Mª Espinar Vicente, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 346.

¹⁴ E. Crespo Navarro, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 345–346.

¹⁵ A. Rodríguez Benot, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, vol. 2, 2010, pp. 186–202.

III. HACIA LA RESIDENCIA ELECTRÓNICA COMO CRITERIO DE CONEXIÓN

1. Ciudadanía europea

La nacionalidad es uno de los elementos jurídicos que configuran de manera más inmediata la identidad de las personas. De esta forma, puede decirse que la identidad de las personas se construye jurídicamente a partir de la nacionalidad, pero también con otras realidades que se yuxtaponen a ésta, con derechos de ciudadanía reconocidos en la esfera internacional y local, mediante el reconocimiento de derechos que afectan a elementos tan esenciales de la identidad como la cultura, lengua, tradición, etc.¹⁶

Junto a lo anterior, debe observarse la identidad electrónica y, con ella, a la residencia de los datos, como cuestión fundamental. La evolución tecnológica ha provocado la exigencia de un entorno jurídico previsible, siendo evidente, por tanto, la necesidad de dar certeza jurídica a todos los ámbitos del Derecho. Si la internacionalización de las relaciones personales y los derechos reconocidos ha afectado a la comprensión y configuración de la nacionalidad, no podemos dejar pasar por alto qué efectos ha tenido, tiene o puede tener la construcción tecnológica que se está produciendo, la cual se constata en la soberanía de los datos y, por ende, su protección. Siendo, en este contexto, donde entra en juego la UE, como reto global¹⁷.

Ahora bien, como dijimos anteriormente, la existencia de la UE no altera el principio básico de que son los Estados miembros quienes confieren la nacionalidad según su propia normativa, determinando quiénes son nacionales y quiénes extranjeros. Dicho de otro modo, la nacionalidad debe determinarse con arreglo al Derecho del país, cuya nacionalidad dice ostentar el sujeto. Cada Estado dispone de competencia exclusiva para determinar qué personas ostentan su nacionalidad. Asimismo, el TJUE, como ya hemos puesto de manifiesto, ha indicado que la atribución o pérdida de la nacionalidad de un ciudadano de un Estado miembro es competencia exclusiva de dicho Estado miembro, puesto que ello afectaría a un ciudadano de la UE, aunque el ejercicio de esa competencia

¹⁶ *Ibid.*, pp. 186–202.

¹⁷ Es indudable que los avances tecnológicos, en materia de intercambio electrónico de datos, han propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo que implica realizar las adecuaciones, en los regímenes, que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar. En este sentido, véase, A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores, “La determinación del ordenamiento aplicable a los contratos internacionales en un mercado globalizado: la experiencia europea”, *Congreso Internacional de Derecho Mercantil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, del 8 al 10 marzo 2006, p. 347.

puede ser sometido a un control jurisdiccional a realizar con arreglo al Derecho de la UE.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos que confiere la ciudadanía europea puede verse afectado por cómo determinan los Estados miembros quién es su nacional, por la competencia exclusiva de los Estados, pero la mera existencia de la Unión Europea ha sacudido algunos elementos esenciales de la concepción de la nacionalidad y la idea de que ésta refleja una vinculación con el Estado, siendo en ocasiones potenciada la vinculación con la Unión Europea que implica la ciudadanía europea¹⁸.

La ciudadanía europea fue introducida, en 1992, en el Tratado de Maastricht¹⁹ (arts. 17 ss TCE) y consolidada en los textos posteriores. De modo más concreto, situémonos en el Tratado de Lisboa, firmado en esta ciudad, el 13 diciembre 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre 2009²⁰, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y que, en gran parte, reproduce las innovaciones contenidas en el “fallido” Tratado que establecía una Constitución para Europa.

El Tratado de Lisboa sitúa la libertad, la justicia y la seguridad entre sus prioridades más importantes. Con ello, se quiere poner en práctica políticas en diversos campos: crecimiento económico y competitividad, desarrollo del empleo y las condiciones sociales, aumento de la seguridad personal y colectiva, fomento del medio ambiente y las condiciones sanitarias, desarrollo de la cohesión y la solidaridad entre los Estados miembros, en cuanto a progreso científico y tecnológico, además de mejorar su capacidad de actuación en la escena internacional. El citado tratado preveía la modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el citado Tratado encontramos cuatro disposiciones legales esenciales²¹:

- a) Art. 16 TFUE, donde se consagra que el derecho a la protección de datos de carácter personal, afirmando que las comunicaciones electrónicas y la protección de los datos personales se encuentran íntimamente conectadas.
- b) Arts. 20 a 25 TFUE, en el que se recoge lo que podríamos denominar como el derecho de la ciudadanía europea. En efecto, la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla, lo que presupone la necesidad de crear un sistema de identificación dentro de la zona europea.

¹⁸ P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad...”, *loc. cit.*

¹⁹ DO C-191 de 29 julio 1992.

²⁰ DO 17 diciembre 2007.

²¹ DO 7 junio 2016.

- c) Art. 77 TFUE, que recoge la posibilidad de que la UE, en referencia a las políticas de fronteras, asilo, inmigración, etc. pueda establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado.
- d) Art. 114 TFUE se refiere a la adopción de normas a fin de eliminar los obstáculos que dificultan el funcionamiento del mercado interior. A través de este precepto, se pretende que los ciudadanos, empresas y administraciones puedan beneficiarse del reconocimiento y la aceptación mutua de la identificación, autenticación y la firma electrónica y otros servicios de confianza través de las fronteras cuando resulte necesario para el acceso y la realización de procedimientos o transacciones electrónicos.

Lo anterior ha tenido su desarrollo:

1. Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 julio 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (eIDAS)²².
2. El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 abril 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 (Reglamento general de protección de datos, RGPD)²³.
3. El Reglamento 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 noviembre 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea²⁴.
4. En este mismo orden de cosas, debemos mencionar la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 julio 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (Directiva NIS)²⁵.

Con la citada normativa se opta por hacer una reglamentación uniforme, armonizadora de las legislaciones nacionales, imponiéndoles requisitos de reconocimiento mutuo a la identidad electrónica y un sistema de protección, a

²² DO de 28 agosto 2014.

²³ DO de 4.5. 2016.

²⁴ DO de 11.11.2018.

²⁵ DO 9.9.2016.

sabiendas que la identidad electrónica está dotada de datos esencialmente personales que identifican o hacen identificables a cualquier individuo.

Así, el art. 6 Reglamento eIDAS establece el reconocimiento y la aceptación mutua de los medios de identificación electrónica. El citado artículo presenta como objetivo, el establecer un reconocimiento armonizado de los sistemas de identificación electrónica entre los Estados miembros de la UE. Precisamente, donde se requiera una identificación electrónica y una autenticación, en virtud de la legislación o la práctica administrativa nacional, para acceder al servicio en línea, éste debe ser accesible para todas las personas, ya sean físicas o jurídicas, que utilizan medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y siempre que, estos datos, estén incluidos en una lista publicada por la Comisión (art. 61º *in fine*).

En este contexto, hay Estados miembros están a la vanguardia de la identificación electrónica, al emitir tarjetas nacionales criptográficas, que incluyen la firma reconocida y la autenticación más fuerte, basada en certificados digitales sobre un soporte de dispositivo seguro de creación de firma con chip; entre ellos: España con nuestro DNI electrónico, Alemania, Italia, Austria, Bélgica, Finlandia, Suecia y Estonia²⁶.

Especial referencia merece este último, que, con la emisión de tarjetas de identificación inteligentes, permite a los e-estonios (que no tienen que tener la nacionalidad de este país de la Unión Europea ni siquiera la residencia física en él), accedan 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. 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 plataformas que proporcionan y utilizan servicios digitales en todo el mundo. Con ello, se espera que la e-residencia atraiga a nuevos clientes a los servicios digitales de Estonia.

Pero la cuestión va más allá, no podemos olvidarnos que lo anterior tiene su origen en las diversas iniciativas que se están llevando a cabo en la Unión Europea como, por ejemplo, el programa Europa Digital, todos los programas para la explotación de sistemas electrónicos, la reutilización de los elementos esenciales del Mecanismo “Conectar Europa”, el Marco Europeo de Interoperabilidad, el Plan progresivo de normalización de las TIC el Plan de

²⁶ A. Merchán Murillo, *Firma electrónica: funciones y problemática*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 115.

acción sobre tecnología financiera, Horizonte Europa o los trabajos del Observatorio y Foro de la Cadena de Bloques de la UE (Blockchain) y otras iniciativas en materia de riesgos vinculados con el fraude y la ciberseguridad²⁷. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en estos marcos de desarrollo del nuevo mercado único digital que se está estableciendo en la UE y en el establecimiento de la Identidad Digital Única de la UE como parte del desarrollo de aquel, estas cuestiones nos van a llevar al planteamiento de la residencia electrónica.

2. *Residencia electrónica*

El objetivo de la Identidad Digital Única es el reconocimiento mutuo de las identificaciones electrónicas autenticadas por un Estado miembro en otro, para permitir transacciones comerciales y no comerciales internacionales remotas en la UE. Según el programa, las personas y empresas de la UE, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia en la Unión, podrán realizar transacciones en línea sin problemas, ya sean de carácter público o privado, de manera segura y fiable. En este sentido, como comenta la Profesora. Diago Diago²⁸: “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”. Así pues, en un contexto tecnológico la nacionalidad, en concurrencia con la residencia habitual, como criterios de conexión, en el reconocimiento de la autonomía de los sujetos a la hora de configurar el propio estatuto personal, nos lleva a plantear la residencia electrónica, como criterio de conexión, junto con la identidad electrónica.

Actualmente, la dificultad a la hora de determinar dónde está ubicado un individuo, que va a realizar cualquier tipo de transacción informática, causa una considerable incertidumbre jurídica. Si bien ese peligro siempre ha existido, el carácter global que tiene internet ha hecho más difícil que nunca la determinación de la ubicación. Esta incertidumbre tiene consecuencias jurídicas claras y evidentes.

La identidad electrónica ha tomado una nueva dimensión. En un entorno en línea la identidad de la parte remota es más importante que nunca²⁹. La identidad digital es valiosa, multifuncional y compleja. En la actualidad, normalmente, administramos múltiples versiones de nosotros mismos, que se hacen visibles en

²⁷ I. Alamillo Domingo, “The future of public administration through the use of blockchain technology”, *European review of digital administration & law*, vol. 2, nº 2, 2021, pp. 5–6.

²⁸ M^a.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, 2014.

²⁹ A Merchán Murillo, *Firma electrónica: funciones y problemática*, *op. cit.*, p. 215.

rutas digitales distribuidas ampliamente en espacios fuera de línea y en línea. Este hecho nos lleva a un nuevo desafío que se presenta a nivel mundial, que se manifiesta ante las posibles violaciones masivas de datos en línea y las tecnologías de identificación automatizadas³⁰, que también resaltan el enigma al que se enfrentan los gobiernos sobre cómo salvaguardar los intereses de las personas en la Web y al mismo tiempo lograr un equilibrio justo con intereses públicos más amplios.

Dicho lo anterior, pensemos que la concepción de la identidad, representada en un contexto, como podría ser dentro de un pequeño pueblo, es lo que representa y nos hace identificable dentro de un conjunto de personas y mientras más viva más nos conoce la gente, ya sea por el “mote” o por las actividades que desarrollo en ese pueblo. En contraste, la ley concibe habitualmente a los ciudadanos como poseedores de una sola identidad (el DNI). Sin embargo, el contexto en el que vivo en la mayoría de los casos me va a permitir que no sea necesario identificarme, porque ya saben quién soy.

Lo anterior, nos lleva a encuadrarnos en el mundo digital, pensemos que la tecnología influye en cómo nos presentamos y cómo los demás nos identifican, lo cual nos lleva obligatoriamente a tratar la autenticación de la identidad, no sin antes tener en cuenta que mientras más páginas Web visito, más datos de mí hay en la red y, al mismo tiempo, más registros puedo realizar en ellas (pensemos en las cookies).

Asimismo, cuando hablamos de autenticación de la identidad electrónica nos lleva a la necesidad de verificar la identidad. Donde aparece la gestión de la identidad, que como ha señalado la Comisión Europea, constituye un elemento clave en el establecimiento de relaciones de confianza para el comercio electrónico, el gobierno electrónico y muchas otras interacciones sociales.

En este contexto, suele aparecer un sistema de gestión de la identidad centrado en el usuario, siendo aquí donde aparece la UE otorgando a la ciudadanía un estatus, en nuestra opinión, a través de la e-identidad y la e-residencia como criterios de conexión, porque, por ejemplo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, pero también se debe tener en cuenta la ubicación (residencia) de los datos y/o cómo se identificó a la persona en internet, observando que, por ejemplo, la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar desde donde entra a la plataforma en la que se identifica electrónicamente y/o desde el lugar en el que residan sus datos.

³⁰ C. Sullivan y E. Burger, “E-residency and blockchain”, *Computer Law & Security Review*, 2017, vol. 33, n° 4, pp. 470–481.

IV. CAPACIDAD JURÍDICA, LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CAPACIDAD DIGITAL

Como sabemos, la capacidad jurídica, que equivale a personalidad, es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones (arts. 29 y 30 Cc) y se rige por la Ley nacional de la persona física (art. 9.1º Cc), determinando, por tanto, cuándo y en qué condiciones una persona lo es o cuándo deja de serlo. La capacidad de obrar, entendida como la idoneidad que tiene un sujeto para realizar, de manera vinculante, actos jurídicos, se rige por su Ley personal o Ley nacional del individuo (art. 9.1º Cc)³¹.

Acto seguido, pensemos, ¿podemos hablar de una capacidad digital? Entendida ésta como el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes y estrategias que se requieren para el uso de los medios digitales y de las tecnologías de información y comunicación. Esta capacidad digital podría plantear que seamos o no sujetos de derecho y obligaciones, por la transacción electrónica que realizamos.

En este contexto, nos encontramos con dos problemas de envergadura a los que debemos dar respuesta. Por un lado, con respecto a la capacidad digital con los residentes extranjeros en España, con los que se van a plantear problemas, parecidos a los que se plantean respecto a la capacidad de obrar, en relación al reenvío, a la prueba de derecho extranjero y a la excepción de orden público. Por otro lado, con respecto a los propios conocimientos, habilidades, actitudes que se relacionan, en definitiva, al funcionamiento tecnológico y a la transacción electrónica que se quiere o pretende realizar, donde nos vamos observamos una serie de cuestiones a resolver, que se resumen en dos preguntas: ¿sabe para qué sirve un ordenador, servidor, plataforma digital, firma electrónica, etc.? En caso de ser la respuesta afirmativa, nos lleva a plantear la otra ¿Sabe cómo funciona? En relación al software, hardware, algoritmo, etc. Y con ello en relación a las consecuencias que acarrea el buen o mal hacer de la persona que realiza el acto

³¹ Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, que adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 diciembre 2006, se elimina la distinción entre capacidad jurídica y de obrar. Ahora bien, el abandona a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, hace necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables) (J.R. de Verda y Beamonte, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº 10021, Sección Dossier, 3 marzo 2022). Ahora bien, en el ámbito comparado se mantiene la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ya que tiene perfiles claros y precisos, a la vez que ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia (J.R. de Verda y Beamonte, “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *IDIBE*, 30 septiembre 2021. Puede consultarse en: [<https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>]) (fecha de consulta 30 junio 2022.).

o con el funcionamiento del sistema electrónico utilizado, donde podríamos encontrar hasta con una *probatio diabólica* en la norma respecto a la parte débil (puede observarse una en el art. 11 Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza³², donde se pide al usuario, para evitar la responsabilidad a la hora de firmar electrónicamente un documento, que demuestre que no actuó negligentemente).

Conforme a lo anterior, podemos poner un ejemplo, la firma manuscrita es un acto personalísimo, se hace de puño y letra por la persona que dice ser, porque además puede demostrarlo, ya sea con el DNI o porque la persona que está delante corrobora que así es. No obstante, la firma electrónica o digital es escindible, puede ser usada por un tercero con el consentimiento de su titular, bien porque no sepa usarla o bien no tenga el medio adecuado para usarla, planteándose un problema de interoperabilidad (semántica, organizativa, técnica o jurídica). Aunque la cesión de la firma electrónica, salvo que haya un poder notarial, es un acto prohibido por la norma³³, si bien es algo que se suele hacer en la práctica. Asimismo, hay que destacar que la firma electrónica o digital se refiere a la identidad electrónica o digital, pero no a la capacidad; o, dicho de otra manera, podría servir para identificar personas, pero en ningún momento la firma electrónica sirve para comprobar la capacidad del firmante, en este sentido la firma es simplemente una manifestación gráfica del consentimiento. Sin embargo, es el consentimiento el que provoca la validez del negocio y no la firma; así pues, debe tenerse en cuenta que lo realmente importante no es la firma en sí, sino el contenido que se asocia a ella como manifestación de un acto de voluntad. En este sentido, puede afirmarse que, en un contrato o cualquier transacción realizada en forma electrónica, si una de las partes no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, a quien se le ha prestado la firma electrónica para que la firme, no puede decirse que haya prestado su consentimiento, pues ese acto está prohibido, como decimos.

En relación a lo anterior, la capacidad de obrar, como hemos dicho anteriormente, vendría determinada por su nacionalidad conforme al art. 9.1º Cc. No obstante, aquí puede surgir el problema de la ubicación de las partes y, con ello, la necesidad de identificar la residencia electrónica, porque una cuestión importante a la hora de realizar cualquier tipo de transacción es que las partes puedan determinar su ubicación, facilitando así, entre otros elementos, la determinación del carácter internacional o nacional de una transacción, operación

³² BOE 12.11.2020

³³ Los certificados electrónicos son de uso personal e intransferible. En consecuencia, el hecho de que el titular/firmante de un certificado electrónico expedido a su nombre transfiera su posesión y revele sus claves de acceso a un tercero, no es conforme con la legislación vigente, nacional y comunitaria. De esta forma, el titular puede poner en riesgo de padecer posibles fraudes. De hecho, el Reglamento UE 910/2014 y la Ley 59/2003 de firma electrónica, ya derogada, recogen que "los datos de creación de firma son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica".

y del lugar de la formación del contrato, especialmente, si nos situamos en el metaverso.

Actualmente, la dificultad a la hora de determinar dónde está ubicada una parte que realiza una operación informática causa una considerable incertidumbre jurídica. Si bien ese peligro siempre ha existido, el alcance mundial del comercio electrónico ha hecho más difícil que nunca la determinación de la ubicación. Esta incertidumbre podría tener notables consecuencias jurídicas, para el derecho internacional privado.

En este contexto, podría pensarse, por ejemplo, que se elimina tal problema en el momento que se incluye en el texto del contrato la obligación positiva de las partes de revelar la ubicación de sus establecimientos o de proporcionar otra información. No obstante, si no se incluye tal obligación, o la información resulta no ser verdad, habría un problema mayor, que vendría con la determinación de las consecuencias del incumplimiento de tal obligación en un contexto internacional. Es por ello por lo que nace la necesidad de determinar la residencia electrónica como elemento clave.

Para la determinación de la residencia electrónica como criterio de conexión debe usarse, como hemos comentado, la identidad electrónica que puede utilizarse para cumplir la obligación de verificar determinados atributos de la identidad de una persona, como la edad o el domicilio, capacidad, etc. tal como se exige para la identificación física. En tal sentido, dado que el concepto de “identidad” se define en función del “contexto”, que a su vez determina los atributos necesarios para la identificación, será ésta última la que, de una satisfactoria solución a la necesidad de verificación de los atributos de una persona, en un contexto electrónico. De esta forma, a través de esta reflexión, observaremos, en adelante, si el criterio para determinar la capacidad digital tiene que ser la nacionalidad o si puede ser directamente la residencia habitual y, de ser esta última, cómo se concretaría técnicamente.

1. Funcionamiento de la identidad en función del contexto

A) Tipos de identidad digital

Habida cuenta de la aceleración en la digitalización, los Estados miembros han implantado o están desarrollando sistemas nacionales de identidad electrónica que incluyen carteras digitales y marcos de confianza nacionales destinados a la integración de atributos y credenciales³⁴. En este contexto, surge importancia de

³⁴ R. T. Reiniger, “The proposed international e-identity assurance standard for electronic notarization”, *Digital evidence and electronic signature law review*, 2008, nº 5, pp. 78 – 80.

la identidad digital fundacional o primaria y la identidad digital funcional o secundaria³⁵.

Para entender la diferenciación pensemos que en el mundo digital la tecnología influye en cómo nos presentamos y cómo los demás nos identifican, lo cual nos lleva obligatoriamente a tratar la autenticación de la identidad³⁶, que hemos comentado antes. En este contexto, nos situamos dentro de la que hemos denominado función de identificación, donde aparecen la identidad fundacional y la funcional. Las fundacionales son disponibles universalmente y se usan para una variedad de propósitos y, por ende, a menudo las proporcionan los gobiernos para que los ciudadanos puedan probar su identidad. Las funcionales son las creadas con un propósito específico y, por tanto, tienden a ser proporcionadas por una de numerosas entidades³⁷. La determinación la identidad fundacional puede plantear cuestiones complejas relativas a la atribución de condición. No obstante, las identidades funcionales son las que van a estar presentes en las operaciones comerciales pueden depender, en todo o en parte, de una determinación propiamente funcional de la identidad³⁸.

Podemos decir que las fundacionales suelen ser las proporcionadas por los gobiernos nacionales, interesados en proporcionar un medio para que sus ciudadanos prueben quiénes son, por ejemplo, a través de registros civiles, DNI, pasaportes o certificados de nacimiento; mientras que las funcionales son las que se vinculan al uso o a la propia transacción, de tal manera que las consecuencias jurídicas reales de la comprobación de la identidad estarían determinadas por las circunstancias objetivas y demás circunstancias pertinentes de la operación de que se tratase³⁹; es decir, es la identidad que está vinculada a las operaciones. Las cuestiones relacionadas con la identidad fundacional son de gran importancia, ya que será la ley de un determinado Estado la que va a determinar la esta identidad.

Es posible que la identidad fundacional no se utilice comúnmente como tal en las operaciones comerciales, aunque los proveedores de identidad pueden utilizarla para establecer la identidad funcional, véase el art. 2.1º Ley Modelo de Firma Electrónica se dice que se identifique al firmante o el 3.2º Reglamento eIDAS exigen que se identifique a la persona. En algunos casos, la identificación fiable del firmante puede basarse en la utilización de una credencial de identidad y un proceso de autenticación que establece la identidad sobre la base de

³⁵ CNUDMI/UNICTRAL: *Aspectos jurídicos relacionados con la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 5.

³⁶ C. Sullivan, "Digital identity – From emergent legal concept to new reality", *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, nº 4, pp. 723–731.

³⁷ S. Lynch, *Soluciones innovadoras de identidad digital móvil Inclusión financiera y Registro de Nacimientos*, GSMA, 2018, p. 3.

³⁸ Banco Mundial, *ID4D Practitioner' Guide – World Bank Documents*, octubre, 2019, pp. 15 y 16.

³⁹ CNUDMI/UNCITRAL, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 7.

credenciales de identidad fundacional. Por lo tanto, el reconocimiento jurídico de la identidad básica a través de fronteras y entre sistemas de gestión de la identidad va a resultar necesaria⁴⁰.

Conforme a lo anterior, puede observarse que la nacionalidad va a ser un elemento esencial a la hora de determinar la conexión del individuo, en relación a la identidad digital fundacional, que va a ser esencial para la transacción. Ahora bien, eso no debe llevarnos a error; pues, la residencia habitual, electrónica, va a ser determinante en la identidad funcional, ya que, como dice el profesor A. Rodríguez Benot: “en términos generales, los legisladores no deban descartar la utilización de uno o de otro criterio en la elaboración de sus sistemas de Derecho internacional privado”⁴¹. Ahora bien, si la regla de conflicto en un espacio judicial integrado, como el representado por la UE, en el que el vínculo de la, nacionalidad, por fuerza de la integración política que conlleva, se diluye, nos debe llevar a observar cómo se concretaría técnicamente la residencia electrónica.

B) Gestión de la identidad digital

Al referirnos tanto a la gestión de la identidad y a los sistemas de gestión de la identidad, a la que nos referiremos más adelante, nos situamos en lo que hemos denominado autenticación de la identidad. Por gestión de la identidad se entiende un conjunto de procesos que permiten gestionar la identificación, autenticación y autorización de personas físicas, personas jurídicas, dispositivos u otros sujetos en un contexto en línea⁴².

Hasta hoy, las tecnologías de gestión de la identidad y el acceso se han centrado principalmente en la autenticación de los usuarios finales para el acceso federado a aplicaciones y servicios (en el modelo de acceso federado existen varios proveedores de servicios de identidad en los que los usuarios pueden confiar y que pueden gestionar la información parcial de la identidad de los usuarios en caso necesario. La información de la identidad del usuario en cada proveedor de servicios de identidad puede compartirse). Por lo tanto, el requisito de seguridad se limita al perímetro de sus dominios de aplicación; es decir, puede decirse que cuando una persona obtiene la identidad fundacional y la funcional, es como si en un ámbito electrónico se inscribiera para utilizar dichos servicios, creando una identidad electrónica, que puede vincularse a diversas cuentas, correspondientes a cada

⁴⁰ CNUDMI/UNCITRAL, *Observaciones explicativas relativas al proyecto de disposiciones sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza*, Nueva York, 2019, p. 5.

⁴¹ A. Rodríguez Benot, “El criterio de conexión para...”, *loc. cit.*

⁴² CNUDMI/UNCITRAL, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza Términos y conceptos relativos a la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 6

aplicación o plataforma. Ante esta inscripción, que realiza ante un prestador de servicios de confianza, que probablemente será público, si partimos de lo ya comentado con relación a la identidad fundacional, va a suponer el establecimiento de una relación de confianza entre las partes, actuales y futuras, ya que la creación de una identidad electrónica requiere conjugar estas relaciones bilaterales en un marco amplio que permita su gestión conjunta, que es donde se encuadra la gestión de la identidad⁴³, que va ser la piedra angular del desarrollo de toda la gama de servicios electrónicos, tanto para Estados, ciudadanos como para empresas. Como ejemplo, cabe destacar la emisión de tarjetas de e-Identificación en Estonia, a partir de la aprobación de la “*Isikut tõendavate dokumentide seadus*” (Ley de documentos de identidad de 2014). Con ellas, los e-estonios⁴⁴, que no tiene por qué tener ni nacionalidad estonia, ni residencia física en el país, acceden a multitud de servicios online, así como a la firma digital.

Como puede observarse, la gestión de la identidad electrónica es una cuestión fundamental para la mayoría de las transacciones de comercio electrónico y otras actividades en línea. Tengamos en cuenta que, desde una perspectiva jurídica, la identidad de un individuo es la base sobre la que se construyen los derechos y obligaciones de las personas; pues, en una relación entre dos o más sujetos, por ejemplo, en un contrato, o en cualquier transacción con efectos jurídicos, se requiere una identificación de las personas que participan en ella como paso previo a su celebración. La identificación de las personas que intervienen en la transacción es un elemento esencial del acto jurídico, ya que el error sobre la identidad de la persona puede acarrear la nulidad del acto y, además, hace referencia tanto a los datos de identidad de una persona, como al acto y procedimiento de comprobación y acreditación de la identidad. De esta forma, podemos decir que las leyes, normalmente de derecho sustantivo y procesal, son las que definen los instrumentos y procedimientos que serán considerados válidos para la identificación de una persona⁴⁵.

Al estar definidas por las leyes nos vamos a encontrar problemas específicos, teniendo en cuenta la aplicación de los principios: a) de neutralidad tecnológica, ya que las partes deberán saber cuáles son los requisitos mínimos que deben reunir los sistemas, haciendo referencia a las propiedades de los sistemas y no a determinadas tecnologías, o si se opta por un criterio basado en las operaciones, puede ser necesario proporcionar orientación sobre los requisitos mínimos aplicables a las operaciones de identidad; b) autonomía de las partes, si bien ese

⁴³ CNUDMI/UNCITRAL, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*, Nueva York, 2007, p. 32.

⁴⁴ A. Cuthbertson, “Estonia First Country to Offer E-Residency Digital”, *International Business Times*, 2014, pp. 21–40.

⁴⁵ Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD), “Marco para la identificación electrónica social iberoamericana”, Aprobado por la XIII Conferencia Iberoamericana de ministros y ministras de Administración Pública y Reforma del Estado, Asunción, 30 junio – 1 julio, 2011, p. 12.

principio puede aplicarse plenamente a los servicios comerciales, las partes están sujetas a las limitaciones que emanen de normas jurídicas imperativas (por ejemplo, protección de datos) y, además, su aplicación puede estar restringida, por razones de política, en lo que respecta al acceso a servicios prestados por organismos públicos; y c) proporcionalidad entre los medios de identificación electrónica y la función para la que se utilizan, ya que la libertad de elección del tipo de servicio también está estrechamente relacionada con el principio de neutralidad tecnológica⁴⁶.

C) Sistemas de gestión de la identidad

La gestión de la identidad puede realizarse de diferentes formas, constituyéndose diversos tipos de sistemas de gestión de la identidad; es decir, en un entorno en línea utilizado para la gestión de la identidad que se rige por un conjunto de reglas de funcionamiento y en el que puede haber confianza recíproca entre individuos, organizaciones, servicios y dispositivos dado que fuentes autorizadas han establecido y autenticado sus identidades respectivas⁴⁷. El sistema de gestión de la identidad se utiliza para resolver cuestiones de seguridad y confidencialidad de la información transmitida por Internet, existiendo con ello distintos tipos. Los más relevantes son: los centrados en la aplicación y los centrados en el usuario. Los que se centran en la aplicación son los aquellos cuyos servicios y políticas en materia de identidad han sido concebidos para satisfacer los requisitos de los proveedores de servicios de identidad y optimizados para los requisitos de las aplicaciones. Un proveedor de servicios presta un servicio de identidad al usuario y el intercambio de identidad suele tener lugar entre esas dos entidades. Los centrados en el usuario, permiten al usuario el control pleno de su identidad; es decir, se concentra y optimiza para los usuarios finales. Esto conlleva que su objetivo principal del sistema de gestión sea proporcionar servicios de identidad convenientes y completos a los usuarios.

En el marco normativo europeo actual encontramos un sistema de gestión de la identidad centrado en la aplicación, tal y como aparece en el Reglamento eIDAS⁴⁸; es decir, un sistema en el que existen un proveedor de servicios de identidad y una parte confiante. De esta forma, se hace necesaria la aparición del citado prestador de servicio de identidad, que puede identificarse como una

⁴⁶ CNUDMI/UNCITRAL, *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor realizada en su 57º período de sesiones*, Viena, 2017, p. 8.

⁴⁷ CNUDMI/UNCITRAL, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza Términos y conceptos relativos a la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 7.

⁴⁸ Comisión Europea, *Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único (COM (2008) 798 final)*, Bruselas, 28 noviembre 2008.

entidad que va a tratar con la identidad de la transacción, no con el individuo, en el sentido de que realmente los contratos se van a hacer con esa identidad, una identidad que se compone de información almacenada digitalmente, otorgando al sistema autenticidad. Ahora bien, existe otro tipo de sistema de gestión de identidad centrada en el usuario, es decir, que los servicios y políticas en materia de identidad van a ser concebidos para satisfacer los requisitos de los proveedores de servicios de identidad y optimizados para los requisitos de las aplicaciones, por ejemplo, el suministro de la información de la cuenta de un usuario, que es el que parece que, definitivamente, se va a implantar con la propuesta de modificación del Reglamento eIDAS⁴⁹.

D) Sistema de gestión de la identidad basada en la identidad soberana

Las nuevas tecnologías evolucionan impulsando cambios en la capacidad y la dirección de soluciones de gestión de identidad y de sus propios sistemas de gestión⁵⁰. Podemos encontrar: los motores de procesamiento de datos y computación en la nube, que permiten la recogida, clasificación y almacenamiento de enormes cantidades de información de manera centralizada; Internet de las cosas, que crea escenarios previamente inexistentes para la identidad electrónica; o, incluso, la Inteligencia artificial, que permitirá el seguimiento automatizado de identidades, basándose en patrones y relaciones complejas entre fuentes de datos no estructuradas para determinar la validez de las transacciones; es decir, los algoritmos permitirán el uso de huellas digitales, basado en actividades y transacciones realizadas por el individuo, como prueba de identidad en lugar de estáticas credenciales.

En cualquier caso, la que nos interesa en este apartado son la tecnología de libro mayor distribuido o auto-soberana, donde se sitúan las tecnologías de registro distribuido, entre las que se encuentra Blockchain, que tiene potencial para interrumpir en el enfoque tradicional propio de los sistemas de gestión de identidad mediante el almacenamiento de una única identidad por usuario de forma descentralizada, de confianza y manera inmutable⁵¹.

La idea general de la identidad auto-soberana se basa en repositorios personales portables en los que podemos almacenar y administrar todas nuestras claves privadas, de nuestros autenticadores, de nuestros tokens y de las

⁴⁹ Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea*, Bruselas, 3 julio 2021.

⁵⁰ Comisión Europea, *Trends in electronic identification an overview Value Proposition of eIDAS eID*, Bruselas, 2018, p. 18.

⁵¹ M. Allende López, *La Identidad digital auto-soberana. El futuro de la identidad digital: auto-soberanía, billeteras digitales y Blockchain*, Alianza Global LACChain, 2020, p. 31-32.

credenciales digitales. Estos repositorios se conocen como billeteras digitales. En este contexto puede decirse que ya existen aplicaciones móviles que podemos descargar en nuestros ordenadores que nos permiten ver y administrar todos nuestros tokens y credenciales digitales, pudiendo decidir cuándo los usamos o los compartimos y con quién⁵².

La identidad auto-soberana se basa en el uso de identificadores descentralizados, que son un nuevo tipo de identificador para aplicaciones digitales de identidad verificables, que se sitúan bajo el control del identificado y es independiente de cualquier registro, proveedor de identidad o autoridad certificadora. Los identificadores descentralizados son realmente URL que relacionan un sujeto con el medio, para la realización de interacciones confiables con ese tema. Cada identificador descentralizado puede contener al menos tres cosas: propósitos de prueba, métodos de verificación y puntos finales de servicio⁵³.

Este sistema de gestión de la identidad se incorpora a la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento eIDAS, en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea. En este sistema el usuario es el administrador central de su identidad, teniendo mucho más control sobre los datos y la información que se comparte y se conoce sobre él. Asimismo, debe decirse que la identidad auto-soberana emplea dos elementos esenciales para la gestión de la identidad: los registros descentralizados de información y las carteras (“billeteras o monederos”) digitales.

V. LA CONSIDERACIÓN EN LA UE DE UNA IDENTIDAD DIGITAL ÚNICA A LA RESIDENCIA ELECTRÓNICA COMO CRITERIO DE CONEXIÓN DE LA LEY PERSONAL, A TRAVÉS DEL MARCO NORMATIVO

En la UE la regulación comenzó con la aprobación, el 13 diciembre 1999, de la Directiva 1999/93/CE, de 13 diciembre 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; pues, como decía la propia Directiva en su Cdo. 5, “la comunicación y el comercio electrónicos requieren firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos. La heterogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados

⁵² W3C, *Decentralized Identifiers (DIDs) v1.0 Core architecture, data model, and representations. Proposed Recommendation*, agosto, 2021. Puede consultarse en: [<https://w3c.github.io/did-core/#sotd>] (Fecha de consulta 9 junio 2022).

⁵³ I. Alamillo Domingo, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Cizur Menor, Aranzadi, , 2019, p. 120.

miembros puede entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico”.

Con la Directiva se pretendía, esencialmente, instaurar un marco comunitario sobre condiciones aplicables a la firma electrónica y de promover la interoperabilidad. Sin embargo, no tuvo el resultado esperado, aunque si conllevó un cierto grado de armonización en Europa. El problema fundamental fue que los Estados, en su transposición al derecho interno, establecieron marcos jurídicos distintos en relación con la firma electrónica. En este contexto, puede citarse el art. 3.2º y el 3.7º de la Directiva que establecían, respectivamente que “los Estados miembros podrán establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación” y que “los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales”. No obstante, hay que recordar, que, en referencia a la firma electrónica reconocida, no había problema, en tanto que su contenido era uniforme en todos los Estados de la UE, pero la firma electrónica avanzada no lo era, lo que suponía una clara incertidumbre difícil de superar. Además, la Directiva recogía el principio de neutralidad tecnológica, pero daba especial importancia a la firma electrónica reconocida; haciendo girar la equivalencia formal de los instrumentos en su seguridad; es decir, en su fuerza vinculante y probatoria, situando este principio en un plano superior al del principio de neutralidad tecnológica, lo que creó problemas de interoperabilidad. Por otro lado, se veían ciertas lagunas como la obligación no definida de la supervisión nacional de los proveedores de servicios. Además, se hizo hincapié en que todos los países de la UE tenían marcos jurídicos para la firma electrónica, pero distintos lo que imposibilitan las transacciones electrónicas transfronterizas. Lo mismo cabe decir respecto de los servicios de confianza.

Ante los problemas descritos, se produjo una profunda transformación del modelo previo, mediante la adopción del Reglamento 910/2014, de 23 julio 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (en adelante, Reglamento eIDAS), que parte de tres cuestiones fundamentales:

1. Mejorar el marco jurídico de la firma electrónica.
2. Imponer el requisito del reconocimiento mutuo entre diversos sistemas nacionales de identificación electrónica (art. 6 del Reglamento).
3. Incluir los servicios de confianza, dejando claro el marco jurídico estableciendo a unos sólidos organismos de supervisión.

Además de lo anterior, se promueve el uso de estándares de firma electrónica⁵⁴, tratando de centrarse en un área de aplicación menos compleja y, por tanto, más accesible. Estas recomendaciones son las de promover: la interoperabilidad entre Estados miembros de la UE, el reconocimiento legal de la aplicación de la firma electrónica simple de acuerdo con la Directiva y un desarrollo sencillo en cualquier contexto empresarial.

Por otro lado, debe destacarse que Reglamento eIDAS ha sido desarrollado por distintos Reglamentos y Decisiones de ejecución, lo que ha supuesto un gran avance, no sólo por el carácter normativo que ha significado, sino por ser la primera vez que a un Reglamento se otorga a la Comisión Europea tan amplias potestades regulatorias, para “controlar” a los Estados miembros de la UE. Para entender este desarrollo normativo, debe tenerse presente, la necesidad de evitar cualquier posibilidad de fragmentación normativa, que se había dado con la Directiva derogada. Por ello, se consideró que la UE es la que está en mejores condiciones para garantizar de forma efectiva y coherente la interoperabilidad de la firma electrónica; pues, como decimos, las medidas nacionales, a la hora de trasponer la Directiva habían creado barreras de facto a la citada interoperabilidad de la firma electrónica en la UE, y estaban teniendo, actualmente, el mismo efecto sobre la identificación electrónica, la autenticación electrónica y los servicios de confianza conexos, por lo que se optó por la aprobación del citado Reglamento y sus opciones de desarrollo, con el fin de permitir abordar la interoperabilidad transfronteriza y mejorar la coordinación, de los regímenes nacionales de supervisión. Concretamente, la normativa de desarrollo a la que nos estamos refiriendo, a título ilustrativo, es la siguiente:

- i. Decisión de Ejecución (UE) 2015/296 de la Comisión, de 24 febrero 2015, por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica con arreglo al art. 12, ap. 7, del Reglamento.
- ii. Reglamento de Ejecución (UE) 2015/806 de la Comisión, de 22 mayo 2015, por el que se establecen especificaciones relativas a la forma de la etiqueta de confianza “UE” para servicios de confianza cualificados.
- iii. Decisión de Ejecución (UE) 2015/1505 de la Comisión, de 8 septiembre 2015, por la que se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza de conformidad con el art. 22, ap. 5, del Reglamento.
- iv. Decisión de Ejecución (UE) 2015/1506 de la Comisión, de 8 septiembre 2015, por la que se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben

⁵⁴ I. Alamillo Domingo, “Firma y sello electrónicos: el porqué y el cómo de la implantación del nuevo reglamento europeo”, *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, nº 74, 2016, pp. 28–29.

- reconocer los organismos del sector público de conformidad con los arts. 27, ap. 5, y 37, ap. 5, del Reglamento.
- v. Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión, de 8 septiembre 2015, sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en el art. 8, ap. 3, del Reglamento.
 - vi. Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión, de 8 septiembre 2015, sobre el marco de interoperabilidad de conformidad con el art. 12, ap. 8, del Reglamento.
 - vii. Decisión de Ejecución (UE) 2015/1984 de la Comisión, de 3 noviembre 2015, por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al art. 9, ap. 5, del Reglamento.
 - viii. Decisión de Ejecución (UE) 2016/650 de la Comisión, de 25 abril 2016, por la que se fijan las normas para la evaluación de la seguridad de los dispositivos cualificados de creación de firmas y sellos con arreglo al art. 30, ap. 3, y al art. 39, ap. 2, del Reglamento.

El Reglamento eIDAS respeta las competencias de los Estados miembros en materia de identificación electrónica, limitándose a establecer un marco para el reconocimiento mutuo de los sistemas en cuestión⁵⁵, prueba de ello es que los Cdos. 12 y 13 determina “que no se propone intervenir en los sistemas de gestión de la identidad electrónica e infraestructuras conexas establecidos en los Estados miembros”, que resultan competencia de exclusiva de los Estados. Además, las soluciones de identidad que no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento eIDAS, como las que ofrecen los proveedores de medios sociales y las entidades financieras, plantean cuestiones relacionadas con la privacidad y la protección de datos. Tales soluciones no pueden responder eficazmente a las nuevas demandas del mercado y carecen del alcance transfronterizo requerido para abordar necesidades sectoriales específicas, situaciones en las que la identificación resulta delicada y requiere un grado alto de certeza.

Dicho lo anterior, decir que, con fecha 3 junio 2021, la Comisión Europea ha elaborado una Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento eIDAS en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea, al considerarse que el Reglamento actual no consigue dar respuesta a estas nuevas demandas del mercado debido a las escasas posibilidades que tienen los prestadores privados en línea para conectarse al sistema, a la disponibilidad insuficiente de soluciones de identidad electrónica en todos los Estados miembros y a la falta de flexibilidad del sistema para admitir diversos tipos de casos de uso. Entre las novedades del citado proyecto, se pretende desarrollar un Marco para una Identidad Digital Europea, mediante el

⁵⁵ I. Alamillo Domingo, “el uso de los sistemas de identidad auto-soberana en el sector público español y de la unión europea”, *Blockchain intelligence*, 2019, pp. 1–22.

uso de las de las tecnologías de registro distribuido (TRD), lo que será objeto de estudio más adelante, con el fin de crear un marco seguro para la identificación electrónica, para que todas las personas, físicas o jurídicas, puedan controlar sus propias interacciones, así como su presencia en línea.

Con lo anterior, consideramos necesario apreciar cómo, históricamente, puede decirse que la identidad ha estado en un segundo plano a la hora de realizar cualquier tipo de transacción. Antes, la identidad, era buena fe o confianza entre las partes, era un apretón de manos, con el que se cerraba el trato, quizá porque, previamente, había conocimiento de la persona con la que se estaba tratando, bien porque se había negociado antes con él o bien porque los vecinos habían informado o conocían de su existencia, o bien te conocían cuando presentabas un documento en el registro administrativo de tu ciudad⁵⁶. Asimismo, en contexto contractual, por ejemplo, generalmente, todo se centra en si existe o no acuerdo entre las partes ya que como decimos, la buena fe se presume y cada parte contratante identifica a la otra, como si fuera aquella persona que está físicamente presente, aunque esa presunción pueda ser refutada.

Ahora, en las transacciones en línea, la identidad es requerida como algo esencial, fundamentalmente, porque tanto el sector público como privado se han movido hacia la prestación de servicios en línea, con el fin de reducir costes, aumentar la eficiencia en la prestación de servicios y de reducir el fraude. Por ello consideramos necesaria ligar la e-identidad a la residencia electrónica.

Debe destacarse que la importancia de la identidad electrónica es total para garantizar: que la persona que va a firmar es quien dice ser, ya que puede probarlo, así como la capacidad de obrar y la libertad de la actuación, a la hora de asumir el contenido del documento, así como la confidencialidad de sus datos personales, la existencia y validez de sus declaraciones de voluntad⁵⁷.

Puede intuirse que la e-identidad surge en un contexto que destaca por la falta de contacto personal, lo que plantea una serie de problemas que afectan a la confidencialidad, a la fiabilidad, a la seguridad y, muy especialmente, a la identificación de los participantes en la transacción; pues, la identidad es lo que permite a las personas físicas o jurídicas distinguirse, posibilitando que se vincule una información a una persona en concreto y, a la vez, realizar un manejo eficaz y seguro de los datos específicos del individuo. Esto hace de la identidad un componente clave en todas las transacciones económicas, sociales y administrativas.

⁵⁶ A. Merchan Murillo, “Cuestiones esenciales en torno a la identidad electrónica”, *La Ley mercantil*, nº 42, diciembre, 2017, pp. 3–17.

⁵⁷ A. Madrid Parra, “La identificación en el comercio electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, nº 15, abril 2001, pp. 3–60.

Si en el mundo real, una identidad se establece a partir de un conjunto de características vinculadas a la propia persona, como puede ser, por ejemplo, el nombre, altura, fecha de nacimiento, número de identificación fiscal, domicilio, etc. que en suma constituyen un DNI, es decir, una identificación nacional. En el mundo en línea, la identidad se puede atribuir al conjunto de rasgos que caracterizan al individuo o a un colectivo en un medio de transmisión digital. A la persona se le atribuye una huella de un fichero, que se transforma a partir de unos datos de longitud variable que dan lugar a una serie de caracteres de longitud fija, que son únicos a partir de los datos de entrada; es decir, no existe otra entrada distinta que dé por resultado el mismo hash, huella o Digest.

Dicho en otras palabras, la e-identidad es un conjunto de informaciones y datos relevantes para una persona, física o jurídica, que se almacenan y se transmiten a través de los sistemas electrónicos y se utiliza con el fin de identificar a una persona; o bien, de manera más concreta, puede decirse que la identidad es un conjunto de atributos que permiten a un sujeto una persona, física o jurídica, distinguirse de manera inequívoca en un contexto particular, con el fin de identificar suficientemente al sujeto de los datos en el contexto en que sea necesario limitar de ese modo la identidad.

La necesidad de vincular la información y su manejo únicamente con quien la emite hace esencial para numerosas interacciones diferentes: una infraestructura organizativa (gestión de la identidad) y una infraestructura técnica (sistemas de gestión de identidad), para desarrollar, definir, designar, administrar y especificar los niveles de autorización, asignando roles y atributos de identidad relacionados con grupos específicos de personas, como los empleados, clientes, pacientes o simplemente ciudadanos.

En este contexto, surge la necesidad de establecer marcos de confianza, determinando normas y criterios, por las partes interesadas con garantías de que sus datos son legítimos; es decir, que son las personas que se identificaron a la hora de querer iniciar la transacción (“¿quién soy?”, función de identificación). No obstante, en tal caso sólo nos referiríamos a una parte de la transacción que se iría a realizar, pues habría que prestar atención a la autenticación de la identidad (“¿Cómo puedo probarlo?”, función de autenticación de la identidad). Por otro lado, también habría que proceder, tras la acción y efecto de identificar o identificarse, al proceso posterior de autenticar y/o autorizar la transacción que se va a realizar (función de autenticación de la transacción), a través de la firma electrónica⁵⁸. De esta manera, una vez hecha la autenticación debida de una persona, la otra parte puede realizar su propio proceso de autorización, con mayores garantías.

⁵⁸ A. Merchán Murillo, *Firma electrónica: funciones y problemática*, op. cit., 2016, p. 212.

El esquema anterior, nos lleva a tratar el proceso probatorio de identificación, que vendrá dado por la propia transacción y que a la vez debe permitir observar que existen credenciales adecuadas para verificar que los datos de la transacción pertenecen a la persona que hay detrás de la transacción; pues, como sabemos, la e-identidad es esencial en cualquier proceso de contratación, si observamos el propio entorno que la envuelve⁵⁹.

No obstante, debemos destacar, como hemos dicho al principio, casi siempre, nos hemos centrado en la necesidad de que la transacción se lleve a cabo de manera segura, sin tener en cuenta que una parte que contrata con otra puede ser o no quien dice ser, pudiendo ser, por tanto, en realidad otra persona. Además, la información de identificación, que se considera asociada inseparablemente a un individuo, puede que no lo sea porque este vínculo no es ni robusto ni infalible. Pueden producirse errores al vincular esta información con el individuo y en el procesamiento.

En este contexto, se debe profundizar en el tráfico jurídico informático en el que aparece el principio de equivalencia funcional, estableciendo los requisitos que debe reunir un método o proceso electrónico para cumplir las mismas funciones que el concepto análogo basado en papel. En este caso, hablamos de todos los elementos que contribuyen a la confianza y a la fiabilidad, para robustecer los pilares fundamentales que sustentan la buena fe en la transacción. Por ello, debemos preguntarnos el por qué confiamos en alguien o un servicio, teniendo presente que, en asuntos electrónicos, la confianza se deriva de la fe en la confiabilidad de una persona o un sistema.

Hablamos de métodos o procesos de suma importancia, que aumentan a medida que se incrementa el valor de la transacción, así como la necesidad de garantizar la disponibilidad y fiabilidad de la información exacta, acerca de la identidad de la parte que se encuentra a distancia⁶⁰, a fin de tomar una determinada decisión. La parte que confía dispone de dos opciones para verificar la identidad de la persona con la que está tratando, a saber, la parte que confía puede: efectuar la verificación de la identidad por sí misma, o bien recurrir a los servicios de gestión de la identidad prestados por un tercero. La mayoría de las partes que confían optan por lo primero⁶¹.

⁵⁹ C. Sullivan, "Digital identity – From emergent legal concept to new reality", *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, n° 4, pp. 723–731.

⁶⁰ A. Madrid Parra, "Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 241, 2001, pp. 1189–1264.

⁶¹ CNUDMI/UNCITRAL, Proyecto de disposiciones sobre la utilización y el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza. Comunicación del Banco Mundial, Nueva York, 2020, pp. 2–3.

VI. CONCLUSIONES

Para determinar la Ley personal se han venido utilizando diferentes criterios de conexión para la determinación de dicho ordenamiento: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. Si bien, nuestro país se ciñe, a dos de ellas: la nacionalidad y la residencia habitual. La UE ha sido tendente, en su proceso integrador hacia la residencia habitual y, aún más, a través del progreso tecnológico, especialmente, en protección de los usuarios.

En este contexto europeo nace la Identidad Digital Única con el objetivo de establecer un reconocimiento mutuo de las identificaciones electrónicas autenticadas por un Estado miembro en otro. En este proceso integrado electrónico surge la residencia digital o electrónica como criterio a tener en cuenta. En esta residencia digital o electrónica toma una gran importancia la identidad digital o electrónica.

A través de esta identidad electrónica, que puede utilizarse para cumplir la obligación de verificar determinados atributos de la identidad de una persona, como la edad o el domicilio, capacidad, etc. puede observarse la nacionalidad, que sigue y va a seguir siendo un elemento esencial a la hora de determinar la conexión del individuo. Ahora bien, eso no debe llevarnos a error; pues, la residencia habitual, electrónica, va a seguir siendo importante.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Junco, P.: “La regulación de la sociedad multicultural”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.
- Aguilar Benítez De Lugo, M.: “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, en I. García Rodríguez (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001.
- Alamillo Domingo, I.: “El uso de los sistemas de identidad auto-soberana en el sector público español y de la unión europea”, *Blockchain intelligence*, 2019, pp. 1–22.
- : “Firma y sello electrónicos: el porqué y el cómo de la implantación del nuevo reglamento europeo”, *Red seguridad: Revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, nº 74, 2016, pp. 28–29.
- : “The future of public administration through the use of blockchain technology”, *European review of digital administration & law*, vol. 2, nº 2, 2021, pp. 5–6.
- Allende López, M.: *La Identidad digital auto-soberana. El futuro de la identidad digital: auto-soberanía, billeteras digitales y Blockchain*, Alianza Global LACChain, 2020.
- Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª Ed., Comares, Granada, 2018.

- Calvo Carvaca, A. L. y Iriarte, J.L. (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.
- Crespo Navarro, E.: *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Cuthbertson, A.: “Estonia First Country to Offer E-Residency Digital”, *International Business Times*, 2014.
- De Verda y Beamonte, J.R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *IDIBE*, 30 septiembre 2021.
- : “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº 10021, Sección Dossier, 3 marzo 2022.
- Diago Diago, M^a.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, 2014.
- Espinar Vicente, J.M^a.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994.
- Ezquerro Ubero, J.J. y Lázaro González, I.: “El criterio de la nacionalidad en la reforma del Derecho internacional privado español”, en *La inmigración en la España del siglo XXI: desafíos jurídicos, sociales y económicos, monográfico de ICADE (Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas)*, nº 69 (septiembre-diciembre de 2006), pp. 292-295.
- González García, I.: “TJCE – Sentencia de 12.09.2006, España/reino unido, c-145/04, parlamento europeo – elecciones – derecho de voto – ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, Madrid, enero/abril, 2008, pp. 213-232.
- Loussouarn, Y.: “Le rôle de la méthode comparative en Droit international privé français”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1979.
- Lynch, S.: *Soluciones innovadoras de identidad digital móvil Inclusión financiera y Registro de Nacimientos*, GSMA, 2018.
- Madrid Parra, A.: “La identificación en el comercio electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, nº 15, abril 2001, pp. 3-60.
- Merchán Murillo, A.: *Firma electrónica: funciones y problemática*, Aranzadi, Cizur Menor, ASranzadi, 2016.
- : “Cuestiones esenciales en torno a la identidad electrónica”, *La Ley mercantil*, Nº 42 (diciembre), 2017, pp. 3-17.
- Reiniger, R. T.: “The proposed international e-identity assurance standard for electronic notarization”, *Digital evidence and electronic signature law review*, 2008, nº 5, pp. 78 – 80.
- Rodríguez Benot, A. (dir.): *Manual de derecho internacional privado*, 9ª Ed., Tecnos, 2022.
- : “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, 2010, VOL. 2, pp. 186-202.
- Rodríguez Benot, A. y Ybarra Bores, A.: “La determinación del ordenamiento aplicable a los contratos internacionales en un mercado globalizado: la experiencia europea”, *Congreso Internacional de Derecho Mercantil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, del 8 al 10 marzo 2006.
- Sullivan, C.: “Digital identity – From emergent legal concept to new reality”, *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, nº 4, pp. 723-731.

Sullivan, C. & Burger, E.: “E-residency and blockchain”, *Computer Law & Security Review*, 2017, vol. 33, n° 4, pp. 470–481.

DOCUMENTOS

Banco Mundial: *ID4D Practitioner’ Guide – World Bank Documents*, octubre, 2019.

Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD): “Marco para la identificación electrónica social iberoamericana”, *Aprobado por la XIII Conferencia Iberoamericana de ministros y ministras de Administración Pública y Reforma del Estado*, Asunción, 30 junio – 1 julio, 2011.

CNUDMI/UNCITRAL: *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018.

CNUDMI/UNCITRAL: *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza Términos y conceptos relativos a la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018.

CNUDMI/UNCITRAL: *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*, Nueva York, 2007.

CNUDMI/UNCITRAL: *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor realizada en su 57º período de sesiones*, Viena, 2017

CNUDMI/UNCITRAL: *Observaciones explicativas relativas al proyecto de disposiciones sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza*, Nueva York, 2019.

Comisión Europea: *Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único (COM (2008) 798 final)*, Bruselas, 28 noviembre 2008.

Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea*, Bruselas, 3 julio 2021.

Comisión Europea: *Trends in electronic identification an overview Value Proposition of eIDAS eID*, Bruselas, 2018.

W3C: *Decentralized Identifiers (DIDs) v1.0 Core architecture, data model, and representations. Proposed Recommendation*, agosto, 2021.

Recibido: 28 junio 2022
Aceptado: 22 julio 2022

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de nacionalidad

Milagros OROZCO HERMOSO *

SUMARIO: I. Planteamiento: la intervención del Tribunal de Justicia en el ámbito de la nacionalidad. II. La eficacia de la nacionalidad: el enfoque de mercado interior y los primeros límites. 1. Supuestos de nacionalidad simple. 2. Supuestos de plurinacionalidad. III. Dimensión constitutiva: el potencial de la ciudadanía de la Unión como marco del Derecho de la nacionalidad de los Estados miembros. 1. Delimitación competencial. 2. Intervención del Tribunal de Justicia en relación con la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad. A) Ámbito y objeto del control por parte del Tribunal de Justicia. B) Criterios de verificación introducidos por el Tribunal de Justicia y su base jurídica. IV. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: NACIONALIDAD – CIUDADANÍA DE LA UNIÓN – ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA – COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS – PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

RESUMEN: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una jurisprudencia en materia de nacionalidad, que abarca tanto la cuestión de la eficacia o reconocimiento del vínculo, como su dimensión constitutiva. La base jurídica de dicha jurisprudencia ha evolucionado desde la libre circulación de personas y una perspectiva de mercado interior, a la ciudadanía de la Unión. El alcance sobre el Derecho interno de los Estados miembros ha sido distinto en función de cuál ha sido la perspectiva adoptada. Mientras que en la dimensión del reconocimiento de la nacionalidad el Tribunal ha seguido un método funcional que corrige el resultado material de la aplicación de las normas estatales cuando resulta contrario al Derecho de la Unión Europea, en el aspecto constitutivo del vínculo se ha creado un conjunto de reglas que encuadran las competencias de los Estados miembros y les imponen límites. Esta segunda dimensión plantea especiales interrogantes en lo referido a su legitimidad, a su implementación práctica y a su eventual desarrollo en el actual contexto normativo.*

The evolution of the case law of the court of justice of the european union on nationality

ABSTRACT: *The Court of Justice of the European Union has developed a body of case law on nationality, covering both the question of the effectiveness or recognition of the link and its constitutive dimension. The legal basis of this case law has evolved from the free movement of persons and an internal market perspective to citizenship of the Union. The impact on the domestic Law of the Member States has been different depending on which perspective has been adopted. While in the dimension of recognition of nationality the Court has followed a functional method that corrects the material result of*

* Profesora de Derecho internacional privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Abogada

the application of State rules when it is contrary to European Union Law, in the constitutive aspect of the link it has created a set of rules that frame the competences of the Member States and impose limits on them. This second dimension raises particular questions as to its legitimacy, its practical implementation and its possible development in the current regulatory context.

KEYWORDS: NATIONALITY – CITIZENSHIP OF THE UNION – SCOPE OF APPLICATION OF EUROPEAN UNION LAW – MEMBER STATE COMPETENCES – PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.

I. PLANTEAMIENTO: LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DE LA NACIONALIDAD

La regulación de las formas de adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad constituye una competencia exclusiva estatal. Esta competencia exclusiva deriva de un principio del Derecho internacional general plenamente consolidado y reafirmado tanto por la jurisprudencia internacional como por los tratados internacionales en la materia. Así, cada Estado determina quiénes son sus nacionales, de forma esencialmente soberana, prácticamente sin otros límites que la soberanía de los demás Estados, así como los derivados de los textos normativos internacionales en materia de derechos humanos¹.

En la Unión Europea (en adelante, UE), sin embargo, se produce lo que parece una contradicción: el Derecho de la UE recurre frecuentemente al criterio de la nacionalidad para determinar el ámbito de aplicación personal de sus disposiciones (lo hace, por ejemplo, y solo por citar el Derecho primario, en el marco del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad², de la ciudadanía de la Unión³, o en el ámbito de la libre circulación de personas y libre prestación de servicios⁴, entre otros), pero luego no ostenta competencia alguna para determinar quiénes son las personas beneficiarias de tales disposiciones⁵.

En efecto, si el silencio de los tratados originarios sobre la cuestión de la determinación y regulación de la nacionalidad expresaba implícitamente la retención de esta competencia por parte de los Estados miembros, así como que ninguna acción de las Comunidades Europeas era posible (ni pensable) en este ámbito, durante el proceso de adopción del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992 se dejó establecido este principio ya de forma explícita, mediante la

¹ J.C. Fernández Rozas, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 39–41; S. A. Sánchez Lorenzo, “Derechos humanos y competencia exclusiva del estado en materia de nacionalidad”, *REDI*, vol. LXVII, n° 2, julio–diciembre 2015, pp. 116–117.

² Art. 18 TFUE.

³ Art. 20 TFUE.

⁴ Arts. 45, 49 y 56 TFUE.

⁵ N. Bouza i Vidal, “El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad. (Comentario a la sentencia del TJCE de 7 julio 1992, Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria, as. C 369/90)”, *Revista de Instituciones Europeas*, n° 20, mayo/agosto 1993, p. 566.

“Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro”, adoptada como Declaración nº 2 anexa al TUE, que no dejaba lugar a dudas sobre la remisión exclusiva a los Derechos nacionales a estos efectos⁶.

Es precisamente en este punto, pues, donde lógicamente puede surgir el interrogante: dada la anterior premisa, ¿cómo es posible que se plantee en el presente trabajo el análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJ) en materia de nacionalidad? ¿Puede el TJ emitir pronunciamientos que afecten al Derecho de la nacionalidad, desde el momento en que tanto el Derecho primario como las declaraciones –unilaterales y multilaterales– efectuadas por los Estados miembros lo excluyen claramente del ámbito competencial de la Unión?

La respuesta a esta aparente paradoja la podemos hallar en la distinción que se ha efectuado desde la doctrina⁷, entre las competencias de la UE y el campo de aplicación del Derecho de la UE. Pese a que las instituciones únicamente pueden ejercer su potestad reguladora sobre las materias que se integran –de forma explícita o implícita– en el ámbito competencial de la UE, el Derecho de la Unión, en cambio, puede extenderse más allá. En efecto, y tal y como ha declarado el TJ en un gran número de ocasiones, el Derecho de la Unión, en situaciones comprendidas en su ámbito, se impone sobre las normas nacionales dictadas incluso en materias reservadas a la competencia de los Estados miembros, en la medida en que la aplicación de dichas normas vulnere los derechos y principios previstos en los Tratados. Consecuentemente, en las materias citadas, los Estados miembros deben ejercer su competencia –tanto en la adopción de las normas como en su aplicación– respetando el Derecho de la UE. Esto es precisamente lo que sucede, según el TJ, con el Derecho de la nacionalidad, aunque se ha manifestado también en otros muchos ámbitos.

En la materia que nos ocupa, es posible distinguir dos niveles de intervención por parte del TJ⁸: en primer lugar, desde el punto de vista de la eficacia o reconocimiento en un Estado miembro de la nacionalidad otorgada por un Estado distinto, y, en segundo lugar, en referencia a los aspectos constitutivos del vínculo (adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad). En términos generales,

⁶ Este principio se reafirmó más tarde en el Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 diciembre 1992, en cuyas Conclusiones de la Presidencia se incluyó también, a instancias de Dinamarca, una Decisión en análogo sentido. Con ello se confirmaba la práctica sentada anteriormente por las sendas declaraciones efectuadas por la República Federal de Alemania, anexa a la firma del Tratado constitutivo de la CEE de 1957, y por el Reino Unido, en 1972 junto con el Acta de Adhesión a dicho Tratado, y en 1982 a la vista de la entrada en vigor de la *British Nationality Act* de 1981, en las que ambos Estados determinaban, con base en su respectivo derecho estatal, quiénes debían considerarse sus nacionales a efectos comunitarios. Vid. E. Pérez Vera, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité et condition des étrangers”, *Recueil des Cours*, vol. 261, 1996, pp. 338–339.

⁷ S. Corneloup, “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *Journ. dr. int.*, 2011, p. 495.

⁸ S. Corneloup, *loc. cit.*, p. 495.

estos dos niveles se han presentado cronológicamente también en este orden, siendo el impacto sobre el Derecho interno de la nacionalidad lógicamente mayor en el segundo que en el primero. La fundamentación jurídica de las decisiones del TJ atinentes a la nacionalidad también ha evolucionado, adaptando sus cimientos al modelo constitucional europeo vigente en cada momento (que, como es sabido, ha sido de construcción progresiva).

Dado el propósito y las características de este trabajo, limitaremos el análisis a las principales sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión que contienen pronunciamientos directamente relacionados con las cuestiones señaladas, y en las que eran objeto de debate los efectos del vínculo de nacionalidad en sí mismo, o bien la propia regulación o práctica estatal en materia de nacionalidad. En consecuencia, no nos referiremos –o al menos no en detalle– a aquellos asuntos en los que la nacionalidad desempeña un papel secundario y no es objeto de valoración directa, ya sea en supuestos en los que aparece en tanto que factor de aplicación de las normas comunitarias, o como criterio de conexión de normas de Derecho internacional privado, o bien porque se considera como elemento desencadenante de una eventual discriminación prohibida por el Derecho de la Unión. Bajo estos parámetros, nos centraremos preferentemente en examinar el alcance de la intervención del TJ y la evolución de la base jurídica de sus decisiones, con el propósito de determinar si, y en caso afirmativo en qué medida, resultan afectadas las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad, en los dos niveles señalados. A partir de ello, se intentará trazar cuál es la situación actual de las relaciones entre el Derecho de la UE y los Derechos internos en este ámbito, así como las posibilidades de evolución que se abren para el futuro.

II. LA EFICACIA DE LA NACIONALIDAD: EL ENFOQUE DE MERCADO INTERIOR Y LOS PRIMEROS LÍMITES

El punto de partida de esta primera perspectiva es la existencia de una nacionalidad ya adquirida conforme a la ley de un Estado miembro, ya se trate de una situación de nacionalidad simple o bien de plurinacionalidad (que a su vez puede implicar un doble vínculo con dos Estados miembros de la UE, o bien con un Estado miembro y un tercer Estado). La cuestión se suscita cuando la persona interesada reclama ante las autoridades de un Estado miembro –que puede ser tanto el de la propia nacionalidad ostentada como otro Estado miembro distinto– determinados derechos, libertades o beneficios que considera que le son reconocidos por las normas europeas, y que dimanar precisamente de la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. Es decir, la valoración de la eficacia del vínculo de nacionalidad se presenta en tanto que éste constituye el factor delimitador del ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho de la Unión.

1. Supuestos de nacionalidad simple

Es posible, en primer lugar, que la cuestión de los efectos de la nacionalidad de un Estado miembro se presente en supuestos en los que el sujeto ostenta una única nacionalidad.

En una de las primeras decisiones en este ámbito, la sentencia *Auer I*⁹, y en un supuesto de invocación de la libertad de establecimiento en Francia por parte de un naturalizado francés, el TJ ya declaró que “ninguna disposición del Tratado, en el ámbito de aplicación del mismo, permite tratar de modo distinto a los nacionales de un Estado miembro según la época o el modo de adquirir la nacionalidad de este Estado”. La condición esencial es la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro en el momento en que se alega el disfrute de los derechos previstos en las normas europeas, además de cumplir los demás requisitos para la aplicación de dichas normas¹⁰. Este criterio se impone incluso frente al Estado miembro de la propia nacionalidad que se invoca¹¹, en el marco del ejercicio de las libertades comunitarias, y por encima de lo que pueda disponer la regulación nacional.

Tampoco es posible alegar un presunto “uso abusivo” de las normas del Derecho de la Unión para negar el reconocimiento a la nacionalidad de un Estado miembro que se invoca. En el asunto *Zhu y Chen*¹², y con fundamento ya en la ciudadanía de la Unión, el Tribunal impone igualmente a las autoridades de un Estado miembro (Reino Unido) el reconocimiento de la nacionalidad de otro Estado miembro (Irlanda), a pesar de que dicha nacionalidad se había adquirido de forma “estratégica”, amparándose en la suficiencia del criterio *ius soli* establecido en la legislación irlandesa entonces vigente para la adquisición de la nacionalidad de este país, extremo que no fue discutido en ningún momento. En cierto modo ello implica también una determinada opción material –que ya se había manifestado anteriormente en la jurisprudencia del Tribunal, como se verá en seguida– relacionada con la no procedencia de exigir condición de efectividad alguna para el reconocimiento de los efectos de la nacionalidad de un Estado miembro.

2. Supuestos de plurinacionalidad

Sin embargo, la mayoría de los supuestos en los que se ha planteado ante el TJ la eficacia de la nacionalidad otorgada por un Estado miembro, a efectos del

⁹ STJ 7 febrero 1979, asunto C-136/78, *Auer I*.

¹⁰ Ap. 28 STJ 7 febrero 1979, asunto C-136/78, *Auer I*.

¹¹ Como ya estableció la sentencia dictada en el asunto C-115/78, *Knoors*, 2 febrero 1979.

¹² STJ 19 octubre 2004, asunto C-200/02, *Zhu y Chen*.

disfrute de los derechos otorgados por las normas europeas, han sido casos de doble nacionalidad. Algunos de ellos involucraban la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro junto con la de un tercer Estado. En otros, en cambio, ambas nacionalidades ostentadas eran las de un Estado miembro.

Entre los primeros, el más significativo, y que sin duda constituye un hito en el ámbito que examinamos, así como el punto de partida de la construcción jurisprudencial posterior, fue el resuelto por la Sentencia de 7 julio 1992, asunto C-369/90, *Micheletti*, en el que también estaba en juego el ejercicio de la libertad de establecimiento¹³. En lo relativo a la eficacia de la nacionalidad del Estado miembro invocada por el interesado (la italiana), cuya operatividad fue negada por las autoridades españolas en base a los arts. 9.9º y 9.10º Cc¹⁴, el TJ declara meridianamente que no corresponde a la legislación de un Estado miembro “limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado”¹⁵. En el caso en cuestión, los “requisitos adicionales” que se exigían al Sr. Micheletti para reconocer la eficacia de su nacionalidad italiana a efectos de la libertad de establecimiento iban referidos a la residencia habitual en el Estado miembro cuya nacionalidad invocaba. Aunque propiamente los arts. 9.9 y 9.10º Cc no eran aplicables al asunto¹⁶, tras la argumentación de las autoridades españolas estaba

¹³ En particular, el art. 52 TCEE y la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 mayo 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. Los hechos del litigio son bien conocidos: el Sr. Micheletti, doble nacional italo-argentino que había obtenido la homologación de su título argentino de odontólogo en España, y con el objeto de establecerse por cuenta propia como odontólogo en este país, solicitó ante la Delegación del Gobierno en Cantabria la concesión de la tarjeta definitiva de residente comunitario. Sin embargo, la solicitud le fue denegada en base a los arts. 9.9º y 9.10º Cc, al considerar como prevalente la nacionalidad argentina, coincidente con su última residencia habitual anterior a su llegada a España.

¹⁴ Aunque posteriormente y en el procedimiento ante el TJ el propio Gobierno español cambió la base jurídica de su argumentación. *Vid.* una contundente crítica al respecto en J.L. Iglesias Buhigues, “Doble nacionalidad y Derecho comunitario: A propósito del asunto C-369/90, Micheletti, sentencia del TJCE de 7 julio 1992”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 956-963.

¹⁵ Ap. 10 de la sentencia de 7 julio 1992, asunto C-369/90, *Micheletti*. El Tribunal sigue la línea de la propuesta de solución formulada por el Abogado General Giuseppe Tesauró.

¹⁶ Por no tratarse de un supuesto de determinación de la ley personal –es decir, del punto de conexión “nacionalidad”– en el marco de un conflicto de leyes, *vid.* N. Bouza i Vidal, *loc.cit.*, pp. 572-573; S.A. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *AEDIPr*, vol. V, 2005, p. 261. Desde otro punto de vista, se ha sostenido la no aplicabilidad de los mencionados preceptos, porque las reglas de conflicto en juego no eran las del derecho interno español, sino las establecidas en el ordenamiento comunitario, *vid.* J.L. Iglesias Buhigues, *loc. cit.*, p. 958, así como que, en los términos del art. 9.9 del Código civil, la situación de doble nacionalidad española y de un tercer estado estaría implícitamente incluida entre aquellas “previstas en la ley” (entendiendo “ley” como normas de origen comunitario), y por lo tanto su solución debe remitirse a lo que establezca dicho ordenamiento, *vid.* J.M. Espinar Vicente, “La resolución de los conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario”, *La Ley Comunidades Europeas*, nº 84, 1994, p. 4.

el principio de efectividad, subyacente en dichas normas. Dicha regla, tradicionalmente aceptada en Derecho internacional¹⁷, legitimaría el no reconocimiento de una nacionalidad extranjera que no se considera efectiva (por no constituir la expresión de un vínculo real) a efectos del ejercicio del derecho a la protección diplomática, y es también de uso común por los Estados –junto al de la prevalencia de la nacionalidad del foro– como criterio de solución de los conflictos positivos de nacionalidad. La sentencia dictada en el asunto *Micheletti* –así como la jurisprudencia posterior que se apoya en esta resolución– implica, precisamente, descartar el principio de la nacionalidad efectiva en relación con el reconocimiento de la nacionalidad de un Estado miembro¹⁸.

La solución ofrecida por el TJ, que ya se apuntaba en la sentencia *Auer I*, niega pues a los Estados miembros la potestad de oponer su normativa interna sobre nacionalidad para restringir la eficacia de la nacionalidad de otro Estado miembro, que se invoca en el marco del ejercicio de las libertades previstas en el Tratado. Como se ha afirmado, era la única respuesta posible, puesto que resolver en otro sentido hubiera supuesto la inaceptable renuncia a la uniformidad en la aplicación de las normas europeas, al dejar la delimitación del ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento –y por extensión del resto de libertades basadas en el factor nacionalidad– en manos de los Estados miembros¹⁹.

La fundamentación jurídica de la sentencia *Micheletti* es sencilla y sucinta²⁰, aunque encierra pronunciamientos de gran calado. Por una parte, y respecto de la cuestión de la eficacia de la nacionalidad de un Estado miembro, al TJ le basta el art. 52 del entonces vigente Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) para descartar la posibilidad de que la normativa nacional pueda introducir restricciones adicionales al respecto. Los objetivos del Tratado y la garantía de la aplicación uniforme de las libertades fundamentales proporcionan al TJ un sustento claro y suficiente para esta decisión.

Pero, por otra parte, lo realmente novedoso de la sentencia es la consideración que antecede al mencionado pronunciamiento. Como punto de partida, el TJ

¹⁷ A raíz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 6 abril 1955, caso *Nottebohm*.

¹⁸ E. Crespo Navarro, “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, p. 890 y nota 19.

¹⁹ Ap. 12 STJ 7 julio 1992, asunto C-369/90, *Micheletti*. Vid. N. Bouza i Vidal, *loc.cit.*, p. 568; E. Crespo Navarro, *loc. cit.*, p. 891; H.U.J. d’Oliveira, “Case C-369/90, M. V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment of 7 July 1992”, *Common Market L. Rev.*, vol. 30, nº 3, 1993, p. 625; P. Juárez Pérez, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *CDT*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 278–279.

²⁰ Para alguna doctrina ello es un mérito, *vid. J.L. Iglesias Buhigues, loc. cit.*, p. 964, mientras que según otras opiniones la fundamentación de la sentencia es escasa y excesivamente expeditiva en algunos aspectos, *vid. D. Ruzié, “Nationalité, effectivité et droit communautaire”, Rev. gen. dr. int. pub.*, vol. 107, 1993, pp. 107–108.

declara que “La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro” –hasta aquí, ninguna sorpresa–, pero luego añade “competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario” (el subrayado es nuestro). Tras incluir formalmente al Derecho internacional en la fundamentación jurídica de la sentencia –aunque para luego apartarse de él, en realidad–, a través de este inciso el Tribunal introduce por vez primera, y en lo que es aparentemente un *obiter dictum*²¹, un verdadero límite a las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad, en lo que se refiere a la dimensión constitutiva del vínculo (adquisición y pérdida de la nacionalidad)²². Llama la atención especialmente este pronunciamiento, porque en el litigio no estaba en cuestión la *adquisición* de la nacionalidad de un Estado miembro, sino su *eficacia* ante las autoridades de otro Estado miembro distinto, por lo que estrictamente dicha declaración no era necesaria. El art. 52 TCEE, como norma especial, permitiría posiblemente por sí solo derogar la norma general de Derecho internacional –en el caso, la regla de la nacionalidad efectiva–, si ello está justificado por los fines de la integración²³. De hecho, se ha afirmado que este era precisamente el auténtico problema que se planteaba en el asunto *Micheletti*: lo que se dilucidaba no era realmente la compatibilidad de la normativa española sobre conflictos de nacionalidad (arts. 9.9º y 9.10º Cc) con el Derecho comunitario, sino la cuestión de si el Derecho comunitario podía derogar, en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales, un principio de Derecho internacional (el citado principio de efectividad)²⁴. En cualquier caso, en el momento de dictarse la sentencia, la afirmación del TJ quedó como una formulación abstracta sin consecuencias materiales en el caso, por las razones antes expuestas. Con todo, generó abundantes interrogantes sobre cuál era la intención del Tribunal de Luxemburgo al introducir este límite a las competencias estatales, así como sobre qué implicaciones concretas podría conllevar sobre el Derecho de la nacionalidad de los Estados miembros²⁵. En todo caso, fue visto como una aserción de un alcance potencial elevado (como así ha sido), que además luego ha sido frecuentemente reiterada en sentencias

²¹ H.U.J. d'Oliveira, *loc. cit.*, p. 634. Además, en este punto el Tribunal va más allá de lo argumentado y propuesto por el Abogado General Tesauro.

²² *Vid. infra* apartado III.

²³ D. Ruzié, *loc. cit.*, pp. 114–116. Sin embargo, el autor es muy crítico con el –a su juicio– expeditivo e injustificado descarte del principio de efectividad por parte del Tribunal en este asunto. En este sentido, y al hilo de la sentencia de 19 octubre 2004, asunto C-200/02, *Zhu y Chen*, también se ha señalado el riesgo de abusos y de resultados no deseados que puede propiciar la aplicación rígida de esta solución jurisprudencial, y se ha abogado por el establecimiento de unas directrices mínimas a nivel de la UE en materia de nacionalidad, basadas en la efectividad y en el respeto de los derechos fundamentales, *vid.* E. Crespo Navarro, *loc. cit.*, p. 891.

²⁴ D. Ruzié, *loc. cit.*, p. 112.

²⁵ J.L. Iglesias Buhigues, *loc. cit.*, p. 965; H.U.J. d'Oliveira, *loc. cit.*, p. 634. También provocó inquietud en los Estados miembros, que reaccionaron “defensivamente” en el Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 diciembre 1992 (*vid.* nota 6).

posteriores. Por otro lado, el elemento de la “efectividad” de la nacionalidad de un Estado miembro ha sido descartado posteriormente por el TJ como una condición necesaria para el reconocimiento de los efectos de dicha nacionalidad cuando concurre con la de un tercer Estado, por ejemplo, en el asunto *Saldahna*²⁶.

Fuera del ejercicio de las libertades fundamentales, y en supuestos de doble nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea y de un tercer Estado, las soluciones ofrecidas por el Tribunal no han seguido una línea tan clara como la antes mencionada, aunque mayoritariamente se han inclinado por avalar la aplicación de la normativa del Estado miembro que otorgaba prevalencia a la nacionalidad del foro (asuntos *Mesbah*²⁷ y *Demirci*²⁸).

En los supuestos en los que ambas nacionalidades ostentadas eran las de un Estado miembro, y tratándose de situaciones comprendidas dentro del ámbito del Derecho de la Unión, la lógica interpretativa del Tribunal se ha inclinado no por hacer prevalecer de forma sistemática o abstracta una de las dos nacionalidades, sino por avalar la eficacia de aquella que, en el caso concreto, permitía el goce de las libertades fundamentales invocadas, independientemente de que fuera la nacionalidad del foro o la nacionalidad efectiva. En este sentido, la base jurídica empleada inicialmente por el TJ para motivar su decisión fueron precisamente las disposiciones de Derecho primario o derivado que regulaban dichas libertades fundamentales, bajo un enfoque de mercado interior, y en combinación con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Así, en el asunto *Gullung*²⁹ el TJ retomó la doctrina *Knoors*³⁰ para reafirmar que el mero hecho de ostentar la nacionalidad del propio Estado miembro del foro no podía constituir un impedimento para beneficiarse de las libertades comunitarias –en el caso, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios invocadas por un abogado doble nacional francés y alemán en Francia–, siendo la única condición que se cumplan los requisitos de aplicación de las normas que desarrollan dichas libertades³¹. Igualmente, en el marco de la libre circulación de trabajadores (y, concretamente, en relación con los trabajadores fronterizos), la sentencia dictada

²⁶ STJ 2 octubre 1997, asunto C-122/96, *Saldahna*, en relación con la exigencia de una *cautio iudicatum solvi* a un doble nacional británico y estadounidense residente en Florida, y en el marco de un procedimiento judicial seguido en Austria.

²⁷ STJ 11 noviembre 1999, asunto C-179/98, *Mesbah*, en la que el TJ consideró que el supuesto –relacionado con la aplicación del Acuerdo de Cooperación con Marruecos– no afectaba a ninguna libertad fundamental de circulación.

²⁸ STJ 14 enero 2015, asunto C-171/13, *Demirci*. En este asunto el TJ se distanció con ello expresamente de la solución adoptada en la STJ 29 marzo 2012, asuntos acumulados C-7/10 y C-9/10, *Kahveci e Inan*, en la que entendió que estaba comprometido el objetivo de libre circulación perseguido por el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía.

²⁹ STJ 19 enero 1988, asunto C-292/86, *Gullung*.

³⁰ STJ 2 febrero 1979, asunto C-115/78, *Knoors*.

³¹ Aps. 10 a 13 de la sentencia dictada en el asunto C-292/86, *Gullung*. En el litigio en cuestión, sin embargo, el Tribunal sí avaló los impedimentos de orden deontológico así como el requisito de colegiación impuestos por las normas francesas.

en el asunto *Gilly*³² reafirmó la obligación de los Estados miembros de tener en cuenta la doble nacionalidad, al negar que pudiera asimilarse a una situación meramente interna tan solo por el hecho de que la trabajadora, nacional alemana que adquirió la nacionalidad francesa por matrimonio, desempeñara su empleo en el mismo Estado de su nacionalidad de origen³³.

Posteriormente, los importantes cambios de dimensión constitucional que arrancan con la creación de una ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht (1992), y continúan con el establecimiento y desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia en Tratado de Ámsterdam (1997), y los posteriores de Niza (2001) y Lisboa (2007), tienen repercusiones en la base jurídica de las resoluciones del TJ en este ámbito. El derecho de libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión provoca que ésta desplace a la libre circulación de personas como fundamento empleado por el TJ, aunque se mantiene la misma orientación teleológica, que se concreta en garantizar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión y el disfrute de los derechos que le son consustanciales, en el marco de la lógica de la integración. Así, en la sentencia *Lounes*³⁴, el Tribunal declara que “un Estado miembro no puede restringir los efectos dimanantes del hecho de poseer la nacionalidad de otro Estado miembro, en particular los derechos inherentes a ésta en virtud del Derecho de la Unión y que resultan del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano”³⁵, obligando a las autoridades británicas a reconocer un derecho de residencia derivado en favor del cónyuge argelino de una nacional española que había adquirido también la nacionalidad británica. Es decir, en las situaciones de doble nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, los Estados miembros no pueden desconocer la existencia ni la eficacia de la otra nacionalidad que no es la propia, cuando ello implique restringir los derechos que lleva aparejados el estatuto de la ciudadanía de la Unión.

En este punto es necesario señalar que existen otras resoluciones del TJ recaídas en situaciones de doble nacionalidad de dos Estados miembros de la Unión Europea que, aunque no impliquen una consideración directa del vínculo de nacionalidad desde la perspectiva que nos ocupa, sí constituyen otra muestra del mismo método funcional con el que el Tribunal de Luxemburgo aborda los conflictos de nacionalidad³⁶. Se trata de asuntos en los que no se planteaba un

³² STJ 12 mayo 1998, asunto C-336/96, *Gilly*.

³³ En este sentido, se ha señalado no sólo el valor relativo que tiene la nacionalidad en el marco del ejercicio de las libertades comunitarias, sino también del propio concepto de “extranjería”, *vid.* S.A. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *loc. cit.*, pp. 263–264.

³⁴ STJ 14 noviembre 2017, asunto C-165/16, *Lounes*.

³⁵ *Ibid.*, ap. 55.

³⁶ Nos referimos en este caso a los conflictos positivos de nacionalidad en sentido estricto, es decir, en los supuestos (típicos del Derecho internacional privado) en los que es necesario determinar una sola ley aplicable. En los conflictos de nacionalidad en sentido amplio, que más propiamente son de concurrencia de nacionalidades (y que son los que suelen presentarse en relación con el goce de

problema de reconocimiento o eficacia de la nacionalidad en sí misma, sino que ésta operaba como factor o punto de conexión de normas de Derecho internacional privado, cuestionándose si esta circunstancia podía constituir una discriminación por razón de nacionalidad. Entre ellas, cabe destacar en particular la sentencia dictada en el asunto *García Avello*³⁷, en la que la posible discriminación por razón de nacionalidad derivaba de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado belgas relativas a la ley aplicable al nombre y apellidos a unos menores con doble nacionalidad belga y española residentes en Bélgica. Pese a tratarse de un ámbito material no cubierto por normas de Derecho de la UE (ni sustantivas ni de Derecho internacional privado), y pese a que las normas de conflicto belgas aplicables al caso³⁸ remitían a la ley belga –que era también la correspondiente a la nacionalidad efectiva–, el TJ hace prevalecer las consecuencias derivadas de la posesión de la nacionalidad española (configuración del apellido de acuerdo con el formato previsto en la ley española), conforme a las pretensiones de los interesados. Sin entrar en detalle en el significado de esta crucial resolución³⁹, baste destacar a nuestros efectos dos datos relevantes. En primer lugar, y en cuanto a la legitimidad del TJ para valorar la cuestión (es decir, la aplicabilidad del Derecho de la UE), se evidencia el potencial de la ciudadanía de la Unión como amplificador del ámbito de aplicación de las normas europeas, y en particular de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del art. 12 TFUE. La situación de doble nacionalidad, junto con la residencia en un Estado miembro distinto al de la

derechos, en el marco del ejercicio de las libertades fundamentales de la UE) no es necesario seleccionar una sola nacionalidad, sino que de lo que se trata es de reconocer los efectos de ambas, y en particular los derivados de la nacionalidad invocada. En este segundo tipo de supuestos, por lo tanto, no procede aplicar las reglas de Derecho internacional privado sobre conflictos de nacionalidad, como son por ejemplo los arts. 9.9.º y 9.10.º Cc Vid. P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLII, 1990, 2, pp. 467–468; J. Basedow, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 99, nº 3, 2010, p. 436.

³⁷ STJ 2 octubre 2003, asunto C–148/02, *García Avello*.

³⁸ Art. 3 del Convenio de la Haya de 12 abril 1930 sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad.

³⁹ Vid. las interesantes reflexiones sobre esta sentencia en T. Ackermann, “Case C–148/02, *Carlos García Avello v. État Belge*”, *Common Market L. Rev.*, vol. 44, 2007, pp. 141–154; M. Gardeñes Santiago, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona. Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *García Avello*, de 2 octubre 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004, pp. 1–14; P. Lagarde, “Arrêt du 2 octobre 2003 – Cour de Justice des Communautés Européennes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 93, nº 1, 2004, pp. 192–202; Á. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *Diario La Ley*, nº 6107, 2004, pp. 1–13; S. Poillot-Peruzzetto, “Note” [Sentencia TJ de 2 octubre 2003, asunto C–148/02, *García Avello*], *Journal du Droit International*, vol. 4, 2004, pp. 1225–1237; A. Quiñones Escámez, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, pp. 851–872; M. Requejo Isidro, “Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *Diario La Ley*, nº 5903, 2003, pp. 1–12.

nacionalidad que se invoca, es suficiente en este asunto para descartar que se trate de una situación puramente interna⁴⁰. Se juzga incluida en el ámbito del Derecho de la Unión, y por lo tanto apta para desencadenar la posibilidad de control por parte del TJ, sin que sea necesario el ejercicio efectivo de la libre circulación ni el desarrollo de actividad económica alguna. Esto supone una remarcable diferencia con el criterio mantenido en la jurisprudencia anterior⁴¹. Sin embargo, más adelante el TJ ha matizado esta tesis, y en los casos en los que el ciudadano de la UE no ha hecho uso de su libertad de circulación y residencia, ha exigido que la medida nacional considerada implique la privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por la ciudadanía de la Unión, o la obstaculización del ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴². Sí se ha confirmado, en cambio, la extensión del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, a partir de la ciudadanía de la Unión, a ámbitos relacionados con la esfera personal del ciudadano, más allá de su condición de operador económico.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la solución de los conflictos positivos de nacionalidad, en el asunto *García Avello* el TJ no valora ni prejuzga en abstracto el recurso al método conflictual tradicional, pero sí fiscaliza su resultado, a la luz de los objetivos de la integración (con lo que materialmente se acaba descartando la virtualidad de dicho método), obligando en cualquier caso a tomar en consideración –es decir, a *reconocer*– los efectos de la nacionalidad de otro Estado miembro cuando ello sea lo que mejor se ajuste con los objetivos del Derecho de la UE⁴³. En este sentido, el TJ aprecia que la disparidad de apellidos inscritos en distintos Estados miembros puede suponer el riesgo de un futuro obstáculo al

⁴⁰ Ap. 27 STJ 2 octubre 2003, asunto C-148/02, *García Avello*.

⁴¹ Es particularmente pertinente aquí traer a colación la STJ 30 marzo 1993 dictada en el asunto C-169/91, *Konstantinidis*, en la que la cuestión del nombre y apellidos se planteó en relación con la libertad de establecimiento. Vid. T. Ackermann, *loc. cit.*, p. 146; M. Gardeñes Santiago, *loc. cit.*, p. 12; P. Lagarde, *loc. cit.*, pp. 195–197; A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, pp. 857–858; M. Requejo Isidro, *loc. cit.*, pp. 5–6. En particular, los últimos tres autores citados se muestran críticos con la interpretación extensiva del ámbito de aplicación de las normas de la UE realizada por el Tribunal.

⁴² SSTJ 8 marzo 2011, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, y de 5 mayo 2011, asunto C-434/09, *McCarthy*. Por ello, se ha sostenido que una lectura *a posteriori* de la sentencia dictada en el asunto *García Avello* permite afirmar que el riesgo de futuras dificultades para la libre circulación causadas por la disparidad de apellidos fue implícitamente determinante para la inclusión de la situación en el ámbito del derecho de la Unión. Vid. S. Corneloup, *loc. cit.*, p. 497 y nota 18. En todo caso, el ámbito de aplicación de las normas de la UE debía delimitarse de forma distinta a otros asuntos planteados anteriormente ante el TJ, puesto que el derecho reclamado, y la propia resolución, se apoyaban sobre la libre circulación de personas en tanto que elemento esencial de la ciudadanía de la Unión, en su dimensión de derecho jurídico-público, vid. S.A. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *cit.*, p. 265; M. Soto Moya, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, nº 1, 2008, pp. 11–13 y 19–20.

⁴³ Vid. M. Gardeñes Santiago, *loc. cit.*, pp. 8–11; Á. Lara Aguado, *loc. cit.*, p. 1; S. Poillot-Peruzzetto, *loc. cit.*, pp. 1235–1236.

ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia⁴⁴. El efecto discriminatorio se sitúa, entonces, en la aplicación “automática” de las reglas sobre conflictos de nacionalidad vigentes en el Estado miembro del foro, sin tener en cuenta la especificidad que, según el Tribunal, supone a los efectos del Derecho de la Unión la condición de dobles nacionales de los interesados. La obligación para las autoridades del foro de tomar en consideración la situación de doble nacionalidad, y por lo tanto de reconocer, sin condición de “efectividad” alguna, la eficacia de la otra nacionalidad de un Estado miembro que se posee, se reafirma también, esta vez en relación con las normas de competencia judicial internacional de la UE, en la sentencia *Hadadi*⁴⁵.

En definitiva, del *iter* jurisprudencial expuesto cabe extraer algunas conclusiones en relación con el reconocimiento de la eficacia de la nacionalidad de un Estado miembro y con los conflictos positivos de nacionalidad, en el marco del ejercicio de los derechos previstos por el ordenamiento de la UE. En primer lugar, el reconocimiento de los efectos de la nacionalidad de un Estado miembro (sea el del foro u otro) se impone sin que sea posible añadir ningún requisito adicional, ni ninguna condición de efectividad extraídos de la legislación interna (o convencional) aplicable, y ya esté o no en concurrencia con la nacionalidad de un tercer Estado. En este último caso, se ha afirmado que el Tribunal ha formulado implícitamente una norma material de Derecho comunitario para la resolución de los conflictos positivos de nacionalidad⁴⁶, que desplazaría a las previstas en el ordenamiento interno en el marco del ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado. Cuando se trata de la eficacia de la nacionalidad de un tercer Estado que concurre con la nacionalidad de un Estado miembro, sin embargo, el TJ deja más margen de discrecionalidad a los Estados miembros para solucionar los conflictos de nacionalidad de acuerdo con su propia normativa. En estos casos, el Tribunal ha avalado que los Estados miembros impongan la aplicación de los criterios vigentes en la legislación interna, incluso frente a pretensiones que derivan de normas que también forman parte del Derecho de la Unión (como pueden ser las que recogen acuerdos internacionales con terceros países)⁴⁷. En cambio, cuando concurren dos nacionalidades de dos Estados miembros distintos, el TJ ha descartado la aplicación automática de las reglas internas que impliquen la prevalencia de la nacionalidad del Estado miembro del foro, o bien la nacionalidad efectiva, pero no ha formulado ninguna regla general abstracta para resolver dicha concurrencia, sino que ha abordado la cuestión con un método funcional y flexible.

⁴⁴ Ap. 36 STJ 2 octubre 2003, asunto C-148/02, *García Avello*. Esta calidad de obstáculo fue confirmada después en la STJ 14 octubre 2008, asunto C-353/06, *Grunkin Paul*.

⁴⁵ STJ 16 julio 2009, asunto C-168/08, *Hadadi*, en relación con el art. 3.1º Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000.

⁴⁶ N. Bouza i Vidal, *loc. cit.*, pp. 567–568; J.L. Iglesias Buhigues, *loc. cit.*, p. 966.

⁴⁷ J. Basedow, *loc. cit.*, pp. 453–454; S. Corneloup, *loc. cit.*, pp. 497–498.

En este sentido, no se otorga preferencia a ninguna de las dos nacionalidades en juego, sino que, puestas en plano de igualdad, los Estados miembros están obligados a tomar en consideración la situación de plurinacionalidad, y no pueden restringir la eficacia de la nacionalidad de un Estado miembro que la persona interesada invoca, si ello es contrario a los objetivos y libertades fundamentales garantizados por el Derecho de la Unión⁴⁸. En la práctica, esta solución supone una conexión implícita a favor de la autonomía de la voluntad: el ciudadano de la UE puede optar por el régimen que le resulte más favorable o conveniente, sea el del Estado miembro de acogida o el del Estado miembro de su otra nacionalidad⁴⁹. Con todo, se ha afirmado que el carácter casuístico de esta vía de solución de los conflictos positivos de nacionalidad iría en detrimento de la seguridad jurídica, además de generar posibles problemas de implementación en el marco de los

⁴⁸ Estos principios deberán verse reflejados igualmente en el sector del Derecho aplicable, en la medida en que los Reglamentos de Derecho internacional privado de la UE mayoritariamente remiten al derecho interno para la solución de los conflictos positivos de nacionalidad (véase por ejemplo, el cdo. 22 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, el cdo. 41 Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, el cdo. 50 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el cdo. 49 Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas). En este sentido, se ha afirmado que la solución prevista en el art. 9.9° Cc español resulta insatisfactoria para el plurinacional y poco efectiva, porque en un importante número de supuestos no será operativa. *Vid.* M. Soto Moya, “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el art. 9.9° Cc”, en M. Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 246–255 y 273–274.

⁴⁹ Y en ocasiones la doctrina se plantea también si el Tribunal no expresa de forma indirecta en su jurisprudencia una eventual preferencia por una determinada regulación sustantiva. *Vid.* T. Ackermann, *loc. cit.*, p. 153; P. Jiménez Blanco, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión”, *La Ley: Unión Europea*, n° 56, 2018, p. 6; P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 201; Á. Lara Aguado, *loc. cit.*, pp. 1–2 y 10–15; A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 861, 867 y 869; M. Requejo Isidro, *loc. cit.*, p. 7. El criterio de la autonomía de la voluntad en relación con el nombre y apellidos se recogió, en el caso español, en el art. 56 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, así como en la Instrucción de 23 mayo 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (*BOE* n° 159 de 4 julio 2007) y en la Instrucción de 24 febrero 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea (*BOE* n° 60 de 10 marzo 2010). Véase el análisis de estos textos en relación con las reglas derivadas de la jurisprudencia del TJ en M. Soto Moya, “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el art. 9.9 CC”, *loc. cit.*, pp. 260–263.

ordenamientos de los Estados miembros, circunstancias que abogarían por una armonización desde el Derecho de la UE en este punto⁵⁰.

Ahora bien, la sentencia *García Avello* no solo confirma el enfoque teleológico o funcional por parte del TJ para resolver los supuestos de concurrencia o de conflictos positivos de nacionalidad⁵¹, sino que, más allá, también refleja el inicio de una senda interpretativa que lleva implícito un viraje metodológico en la forma de abordar los supuestos que genera la movilidad de personas dentro de la UE. Esta senda (confirmada en sentencias posteriores, y aún en desarrollo) se traduce en la transposición de la técnica del reconocimiento mutuo⁵² a las situaciones personales y familiares surgidas al amparo del Derecho de un Estado miembro, y que reclaman su eficacia en otro Estado miembro. Más allá de la técnica conflictual clásica, y con anclaje en la ciudadanía de la Unión cuando nos referimos a las personas físicas, el método del reconocimiento se revela como idóneo no solo para evitar los obstáculos a la libre circulación derivados de la disparidad normativa material y conflictual entre los Estados miembros, sino también para garantizar la continuidad del propio estatuto personal y familiar del ciudadano de la Unión⁵³. Excede con mucho del objeto

⁵⁰ T. Ackermann, *loc. cit.*, pp. 153–154; J. Basedow, *loc. cit.*, pp. 436–437; I. Blázquez Rodríguez, “Doble nacionalidad y permanencia del estatuto personal en el marco de la movilidad intra-UE”, en M. Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 220–224; S. Corneloup, *loc. cit.*, p. 505; P. Lagarde, *loc. cit.*, pp. 198–202; E. Crespo Navarro, *loc. cit.*, p. 891.

⁵¹ T. Ackermann, *loc. cit.*, p. 152; I. Blázquez Rodríguez, *loc. cit.*, p. 227; S. Corneloup, *loc. cit.*, p. 499; P. Lagarde, *loc. cit.*, pp. 195–196 y 198; É. Pataut, “Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique”, *Rev. trim. dr. eur.*, n° 3, 2010, p. 625; S. Poillot-Peruzzetto, *loc. cit.*, pp. 1235–1236; D. Ruzié, *loc. cit.*, p. 107.

⁵² Inicialmente aplicada a la libre circulación de mercancías: obligado es citar aquí la célebre STJ 20 febrero 1979, asunto 120/78: *Rewe Zentral AG*, más conocido como asunto *Cassis de Dijon*.

⁵³ La doctrina también se ha cuestionado la compatibilidad de la técnica conflictual clásica, en particular combinada con la regla de la nacionalidad efectiva (método que estaba en juego en el asunto *García Avello*), en las demandas sobre materias del estatuto personal y familiar, y en los supuestos de plurinacionalidad en particular. El cambio de paradigma hacia la técnica del reconocimiento mutuo que revela la jurisprudencia del TJ, como vía más garantista de la continuidad de dicho estatuto, puede considerarse incluso una exigencia derivada del derecho de libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión, en tanto que el reconocimiento de la situación personal o familiar constituye una condición previa para su ejercicio. De este modo, la jurisprudencia del TJ recogería la regla implícita de reconocimiento del estatuto personal y familiar contenida en el citado Derecho. En todo caso, dicho reconocimiento no es absoluto ni ilimitado, sino que ajustaría su alcance a los efectos de los derechos de entrada y residencia, y estaría sujeto a determinados límites (orden público o prohibición del abuso de derecho o fraude), valorados de forma restrictiva y conforme al principio de proporcionalidad y a la luz de los derechos fundamentales. Algunas resoluciones del TJ ilustrativas de la opción por un reconocimiento mutuo en materias de estatuto personal son las SSTJ 8 junio 2017, asunto C-541/15, *Florian Freitag*, junio 2018, asunto C-673/16, *Coman*, de 14 diciembre 2021, asunto C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, o el auto de 24 junio 2022, asunto C-2/2, *Rzecznik Praw Obywatelskich*. Este enfoque de reconocimiento mutuo “adaptado” no se ha proyectado únicamente sobre las situaciones atinentes a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas. Sobre el método del reconocimiento en relación con el estatuto personal y familiar en la UE, *vid.* M. Gardeñes Santiago, “El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español”, *AEDIPr*, t.

del presente trabajo ahondar en este análisis, de sumo interés e importancia, en especial, para la definición de las relaciones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional privado. Sin embargo, se trae a colación por sus repercusiones sobre la materia que estamos analizando. En efecto, en la medida en que, en relación con las personas físicas, el paradigma del reconocimiento mutuo ha situado su raíz en la ciudadanía de la Unión, es esta condición la que adquiere protagonismo y acaba trascendiendo a la nacionalidad, a la que resta relevancia como elemento de delimitación normativa. Esta relativa autonomía de la ciudadanía de la Unión respecto de la nacionalidad de un Estado miembro –de la que deriva–, se ha manifestado también en la dimensión constitutiva del vínculo nacional, como se verá en el siguiente apartado.

III. DIMENSIÓN CONSTITUTIVA: EL POTENCIAL DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN COMO MARCO DEL DERECHO DE LA NACIONALIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Como señalamos al inicio, un segundo nivel de intervención por parte del Tribunal de Luxemburgo en relación con la nacionalidad ha sido la referida a la dimensión constitutiva del vínculo, es decir, la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad. Sin duda, esta es la más llamativa, por implicar una incidencia directa en competencias que –en principio y de conformidad con el Derecho internacional– corresponden exclusivamente a los Estados miembros. Los pronunciamientos del TJ en este punto han sido relativamente recientes (a partir de 2010), pero algunos de sus elementos ya fueron sentados (aunque no *activados*) en su jurisprudencia anterior.

1. Delimitación competencial

Tal como vimos anteriormente, en lo referente a la regulación de la nacionalidad, el punto de partida del Derecho europeo fue –primero

XVII, 2017, pp. 420–421; *id.*, “The Cross-Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights for the European Union Citizen”, en L. Papadopoulou y D. Anagnostopoulou (eds.), *Towards an Inclusive European Citizenship*, Atenas, Papazissis Publishers, 2019, *passim*, y esp. pp. 236, 238, 243, 250 y 267–268; R. Arenas García, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, en M.V. Cuartero Rubio MV y J.M. Velasco Retamosa (ed.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 49, 68–69 y 73–75; I. Blázquez Rodríguez, “Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *CDT*, vol. 9, n° 2, 2017, pp. 110 y 115–126; “Doble nacionalidad y permanencia del estatuto personal en el marco de la movilidad intra-UE”, *loc. cit.*, pp. 200, 212–215 y 226–227; E. Pataut. “La citoyenneté européenne: vers l’élaboration d’un statut personnel et familial”, en H. Fulchiron y C. Bideaud-Garon, *Vers un statut européen de la famille*, París, Dalloz, 2014, en esp. pp. 100–102 y 107–109.

implícitamente y después de forma expresa— la reserva exclusiva de esta competencia a los Estados miembros. Sin embargo, tal como también hemos señalado, la sentencia *Micheletti* introdujo, de forma sorpresiva y enigmática, la advertencia de que la competencia de los Estados miembros en la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad “debe ejercerse respetando el Derecho comunitario”⁵⁴. Aunque esta mención no tuvo consecuencias directas inmediatas, su misma formulación ha recibido críticas, aduciendo que el inciso final negaría el presupuesto de base, privando a las palabras de su sentido, ya que en el fondo implica vaciar de contenido la competencia exclusiva estatal⁵⁵.

Quizás consciente de la inquietud suscitada en los Estados miembros, en la sentencia *Kaur*⁵⁶ el TJ fue mucho más cauteloso. Pese a reiterar el *adagio* formulado en la sentencia *Micheletti*, el Tribunal de Luxemburgo no extrajo ninguna consecuencia del inciso final mencionado, pese a que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente daban perfecta ocasión para ello, ya que ponían sobre la mesa, entre otros extremos, la eventual vulneración de derechos fundamentales por parte del Reino Unido en la definición de “nacional” efectuada por la *British Nationality Act* de 1981, que privaba a determinados ciudadanos británicos (como la Sra. Kaur), del derecho a entrar y residir en el Reino Unido. Se planteaba también la eventual incidencia de la ciudadanía de la Unión en este sentido, así como la virtualidad normativa de las declaraciones unilaterales efectuadas por el Reino Unido en 1972 y 1982 definiendo quiénes debían considerarse sus nacionales a efectos del Tratado⁵⁷. El Tribunal, sin embargo, no llega a considerar estas cuestiones de fondo, ya que se limita a zanjar el tema señalando que las Declaraciones unilaterales de 1972 y 1982 deben “tomarse en consideración como un instrumento relacionado con el Tratado, para la interpretación de éste y, más concretamente, para determinar su ámbito de aplicación *ratione personae*”, por lo que se acaba remitiendo a la última de estas Declaraciones para determinar si una persona tiene la condición de nacional de Reino Unido con arreglo al Derecho comunitario, y afirmando, respecto de la pretendida vulneración de derechos, que ésta no se había producido, porque tales derechos nunca llegaron a existir⁵⁸. Llama la atención la parquedad de la argumentación del Tribunal, ya que ni siquiera saca a colación la Declaración nº 2 anexa al TUE de 1992, que al fin y al cabo era un texto multilateral y, por ello, posiblemente con más peso normativo que las declaraciones unilaterales formuladas por el Reino Unido. En todo caso, con esta

⁵⁴ Ap. 10 STJ 7 julio 1992, asunto C-369/90, *Micheletti*.

⁵⁵ S. Corneloup, *loc. cit.*, pp. 506-507; D. Ruzié, *loc. cit.*, p. 109.

⁵⁶ STJ 20 febrero 2001, asunto C-192/99, *Kaur*.

⁵⁷ *Vid.* nota 6.

⁵⁸ Aps. 24, 25 y 27 STJ 20 febrero 2001, asunto C-192/99, *Kaur*. El Tribunal llega a la misma solución que la defendida por el Abogado General —que sostenía que se trataba de una situación interna—, pero por vías totalmente diferentes.

resolución, el Tribunal parece dar a entender su reticencia a fiscalizar las regulaciones sobre nacionalidad de los Estados miembros, o al menos que no era el momento político oportuno para ello⁵⁹, dando con ello aparentemente por cerrado el debate: corresponde exclusivamente a los Estados miembros la determinación de quienes son sus nacionales, sin que el Derecho de la Unión interfiera en esta facultad.

Sin embargo, nueve años más tarde, el Tribunal de Luxemburgo dictó sentencia en el asunto *Rottmann*⁶⁰, resolución que aporta un trascendental avance desde la perspectiva que analizamos, de importantísimas consecuencias potenciales, y que constituye el inicio de una línea jurisprudencial que parece tener aún recorrido. Aunque la sentencia *Rottmann* no supone un giro radical, sino una confirmación y desarrollo de la doctrina *Micheletti*, su valor añadido estriba en empezar a concretar el “qué” y el “cómo” deben respetar el Derecho de la Unión los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad.

Aunque el fondo del asunto *Rottmann* está relacionado primordialmente con la pérdida de la nacionalidad –de lo que nos ocuparemos en el apartado siguiente–, el primer elemento a destacar de la sentencia es la cuestión previa de la justificación de la aplicabilidad del Derecho de la UE. El máximo intérprete europeo, contrariamente a la opinión sostenida por los gobiernos alemán y austriaco, así como por la Comisión, niega que se trate de una situación meramente interna, ajena al ordenamiento de la Unión. El TJ, ante la situación de revocación de la nacionalidad, que podía implicar a su vez la pérdida de la ciudadanía de la UE por parte del interesado, retoma los principios sentados en la sentencia *Micheletti* y declara que “Es manifiesto que la situación [...] está comprendida, *por su propia naturaleza*, en el ámbito del Derecho de la Unión”⁶¹. Esta afirmación, a la que el Tribunal no añade argumento alguno de desarrollo, implica en cierto modo un razonamiento circular, al asumir como premisa aquello que constituía el núcleo de la cuestión prejudicial, y por ello se la ha calificado de “desenfocada”⁶². En todo caso, amplía la noción de “conexión comunitaria” y ensancha aún más, a partir de la ciudadanía de la Unión, el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, ahondando el desfase entre éste y las

⁵⁹ H. Toner, “Case C–192/99, R v. Secretary of State for the Home Department, *ex parte* Kaur, Judgment of the Full Court of 20 February 2001, [2001] ECR I–1237”, *Common Market L. Rev.*, vol. 39, nº 4, 2002, pp. 889–892.

⁶⁰ STJ 2 marzo 2010, asunto C–135/08, *Rottmann*. El Sr. Janko Rottmann, nacional austriaco de origen, trasladó su residencia a Alemania y posteriormente adquirió la nacionalidad alemana. En los trámites de naturalización omitió informar de un procedimiento penal que se seguía contra él en Austria por un delito de estafa. Una vez adquirida la nacionalidad alemana, ésta fue revocada cuando las autoridades de dicho país tuvieron conocimiento de la mencionada ocultación fraudulenta de datos. Dado que el Sr. Rottmann ya había perdido la nacionalidad austriaca, quedó en situación de apatridia.

⁶¹ Ap. 42 STJ 2 marzo 2010, asunto C–135/08, *Rottmann*. El subrayado es nuestro.

⁶² P. Juárez Pérez, *loc. cit.* p. 264.

competencias de la UE. De hecho, supone llevar hasta sus últimas consecuencias la idea ya subyacente en la sentencia *García Avello*⁶³: la situación incumbe al Derecho de la UE no ya sólo si supone un potencial obstáculo al disfrute efectivo de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión, sino si pone en riesgo la existencia del propio estatuto. En este sentido, el hecho de no hacer referencia expresa, para justificar el carácter europeo de la situación, al previo ejercicio de la libre circulación por parte del Sr. Rottmann⁶⁴ (que fue lo que precisamente le pudo conducir a su naturalización en Alemania), y apartarse de la línea jurisprudencial tradicional relativa a las “situaciones puramente internas”, revela la intención del TJ de dotar de mayor autonomía a la ciudadanía de la Unión frente a la nacionalidad, como base de la conexión europea⁶⁵. Aunque ello se inscribe en la línea del TJ de potenciar la ciudadanía de la Unión como “estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁶⁶, en este caso el objetivo del control eran las normas internas sobre nacionalidad (alemanas y austriacas), que fueron las que dieron origen a la condición de ciudadano de la Unión del Sr. Rottmann. Esta inversión de la relación de causalidad entre la nacionalidad y la ciudadanía de la Unión, en la que el vínculo derivado o dependiente se sobrepone y erige en parámetro de valoración del primario, es la principal crítica que se ha vertido sobre este aspecto de la sentencia⁶⁷.

Posteriormente, el Tribunal ha reiterado en esencia la misma justificación en la sentencia *Tjebbes*⁶⁸, también relacionada con la pérdida de la nacionalidad de

⁶³ STJ 3 octubre 2003, C-148/02, *García Avello*. Vid. S. Corneloup, *loc. cit.*, pp. 496-497.

⁶⁴ Como si puso de relieve el Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones, aunque para concluir que la revocación de la nacionalidad no estaba vinculada al ejercicio de los derechos y libertades que se derivan del Tratado (apartados 11 y 33 de las conclusiones).

⁶⁵ N. Magallón Elósegui, “La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad – Comentario a la STJUE 2 marzo 2010”, *Diario La Ley*, nº 7520, 2010, pp. 5-6; P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, p. 274; S. Iglesias Sánchez, “¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, 2010, p. 937. En este sentido, esta última autora se plantea el interrogante de la vigencia de la doctrina del “vínculo transfronterizo” (p. 942).

⁶⁶ “La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”, declaración tradicionalmente presente en las resoluciones del TJ fundadas en la ciudadanía de la UE desde la STJ 20 septiembre 2001, asunto C-184/99, *Grzelczyk*.

⁶⁷ P. Lagarde, “Cour de Justice de l’Union Européenne (Grande Chambre) – 2 mars 2010”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, nº 3, 2010, p. 554; H.U.J. d’Oliveira, “Decision of 2 March 2010, Case C-135/08, Janko Rottman v. Freistaat Bayern – Case Note I – Decoupling Nationality and Union Citizenship?”, *European Constitutional L. Rev.*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 141 y 147; O. Golynker, “The correlation between the status of Union citizenship, the rights attached to it and nationality in Rottmann”, en J. Shaw, (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, p. 20.

⁶⁸ STJ 12 marzo 2019, asunto C-221/17, *Tjebbes*. Cuatro personas que ostentaban la nacionalidad neerlandesa junto con la de un tercer Estado (Canadá, Suiza e Irán), residentes en el territorio de este último, vieron denegada su solicitud de renovación del pasaporte neerlandés, por haber operado la causa de pérdida *ipso iure* de la nacionalidad prevista en la ley de Países Bajos (residir durante la mayoría de edad y durante un período ininterumpido de diez años fuera del territorio de Países Bajos o de otro Estado miembro,

un Estado miembro (la neerlandesa, y en este caso por ministerio de la ley), con la consiguiente pérdida del estatuto de la ciudadanía de la Unión. El TJ afirma de nuevo que dicha situación “está comprendida, por su propia naturaleza y por sus consecuencias, dentro del ámbito del Derecho de la Unión”⁶⁹. Se da la circunstancia de que en este asunto sí se habían producido desplazamientos transfronterizos, pero hacia Estados situados fuera del territorio de la UE, en los que se fijó una residencia prolongada (hecho detonante de la causa de pérdida automática de la nacionalidad). Por ello, quizás, el TJ añade las “consecuencias” de la pérdida de la ciudadanía de la UE a la justificación de la aplicabilidad del Derecho de la UE. Pero lo cierto es que este argumento parece discutible, porque supone aducir una consecuencia (efectos perjudiciales de la pérdida de la ciudadanía de la UE) para justificar la legitimación para valorar la causa (la “conexión europea”). Con lo cual, más claramente que en *Rottmann*, la pérdida de la ciudadanía de la Unión se erige en el fundamento de la aplicabilidad del Derecho de la UE.

En cambio, en la sentencia *JY*⁷⁰, en la que se valoraba la revocación de una decisión de seguridad en la concesión de la nacionalidad austriaca, el TJ retorna en gran medida a la línea jurisprudencial tradicional a la hora de justificar el carácter europeo de la situación, reforzando la argumentación en este punto. Así, junto a la afectación (pérdida) del estatuto de ciudadanía de la Unión provocado por la mencionada revocación, la aplicabilidad del Derecho de la UE se argumenta también en base al previo ejercicio de la libertad de circulación por parte de la interesada, así como en la propia lógica de la integración progresiva, favorecida por el art. 21 TFUE⁷¹.

Por último, el factor tiempo también ha sido tenido en cuenta por el Tribunal para valorar si una determinada situación está comprendida en el ámbito del

ostentando otra nacionalidad durante este tiempo y sin manifestar la voluntad de conservar la nacionalidad neerlandesa). En determinados casos, ello conllevaba también la pérdida de la nacionalidad de los hijos menores de edad).

⁶⁹ Ap. 32 STJ 12 marzo 2019, asunto C-221/17, *Tjebbes*.

⁷⁰ STJ 18 enero 2022, asunto C-118/20, *JY*. La Sra. JY, nacional estonia de origen que trasladó su residencia a Austria, inició los trámites para adquirir la nacionalidad austriaca. En el marco del procedimiento y conforme a la ley austriaca, se le exigió la renuncia previa a su nacionalidad estonia, emitiendo al efecto las autoridades austriacas una decisión certificando la seguridad de que se le concedería la nacionalidad austriaca si demostraba, en el plazo de dos años, que su vínculo con la República de Estonia había sido disuelto. Operada la renuncia (y la pérdida) de la nacionalidad estonia, la decisión de seguridad fue revocada y la solicitud de naturalización de JY desestimada, a causa de determinadas infracciones administrativas relacionadas con la circulación de vehículos a motor (algunas de ellas anteriores a la solicitud de naturalización).

⁷¹ Previamente, el TJ desestima las alegaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Gobierno austriaco, en el sentido de que la condición de apátrida de JY excluyera al asunto del ámbito del derecho de la UE, ya que la renuncia a la nacionalidad estonia –y la consiguiente pérdida de la ciudadanía de la UE– no fue un acto realmente voluntario, sino que se realizó en cumplimiento de un requisito establecido por la ley austriaca (ap. 36 de la sentencia).

Derecho de la UE. Así, en el asunto WY⁷², el TJ se ha declarado incompetente en un caso de pérdida de la nacionalidad austriaca producida antes de la fecha de la adhesión de Austria a la UE (aunque constatada después), basándose en que la persona interesada nunca llegó a adquirir la ciudadanía de la Unión. Por otro lado, en el asunto EP⁷³ el Tribunal deja claro que, tras el *Brexit* (y con efectos 1 febrero 2020), los nacionales del Reino Unido son nacionales de un Estado tercero, y han perdido, desde esa fecha, y por decisión soberana de aquel país, el estatuto de ciudadano de la Unión y los derechos asociados al mismo, y ello con independencia de si ejercieron o no su derecho a la libre circulación antes de la finalización del periodo transitorio. Ello implica que ya no es una situación comprendida en el Derecho de la Unión y, en consecuencia, que no procede valorar la compatibilidad de esa pérdida de la ciudadanía con el ordenamiento europeo⁷⁴.

A partir de las resoluciones mencionadas, pues, cabe afirmar que la asunción de determinadas competencias por parte del Derecho de la UE en lo referente a la dimensión constitutiva del vínculo de la nacionalidad, con anclaje en la ciudadanía de la Unión, parece ya definitivamente consolidada. A continuación, y al objeto de intentar determinar el significado de esta asunción, se examinará el alcance material y la base jurídica de la intervención del Tribunal de Luxemburgo en estas resoluciones⁷⁵.

2. Intervención del Tribunal de Justicia en relación con la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad

A fin de tener una visión de conjunto sobre cuáles han sido las consecuencias materiales de la jurisprudencia del TJ sobre el Derecho de la nacionalidad de los Estados miembros, se analizará en paralelo el alcance del control en las distintas resoluciones citadas, así como la evolución de su base jurídica⁷⁶.

A) Ámbito y objeto del control por parte del Tribunal de Justicia

En primer lugar, y en cuanto al ámbito de cuestiones en el que ha incidido el TJ, un elemento común a todas las resoluciones es la existencia de una pérdida

⁷² ATJ 15 marzo 2022, asunto C-85/21, WY.

⁷³ STJ 9 junio 2022, asunto C-673/20, EP.

⁷⁴ As. 55 a 62 STJ 9 junio 2022, asunto C-673/20, EP.

⁷⁵ A la fecha del cierre de este trabajo existe un asunto pendiente ante el Tribunal (asunto C-689/21, *Udlændinge- og Integrationsministeriet*), referente a la pérdida *ipso iure* de la nacionalidad danesa, del que solo consta la remisión de la cuestión prejudicial, por lo que no se ha incluido en el presente análisis.

⁷⁶ Los antecedentes fácticos de los asuntos resueltos por el TJ se han reseñado ya de forma sucinta, atendiendo a la naturaleza de este trabajo, y por ello, nos remitimos al texto de las respectivas resoluciones para mayor detalle sobre los aspectos de hecho y de derecho.

de la ciudadanía de la Unión, derivada de la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro. Dicha pérdida se produce, sin embargo, por causas y vías distintas: en un caso tiene lugar por una decisión individual revocatoria por parte de la autoridad (asunto *Rottmann*), en otros se produce de forma automática y por ministerio de la ley (*Tjebbes*, siendo también el caso de la pérdida de la nacionalidad austriaca de origen del Sr. Rottmann, así como de la adquirida por naturalización en el caso de *WY*), en otro por renuncia expresa de la interesada (asunto *JY*), y en otro debido a la salida de la UE por parte del Estado de origen (asunto *EP*). De los asuntos en los que el TJ se juzga legitimado para resolver sobre el fondo, en dos de ellos la pérdida de la ciudadanía de la UE desemboca en una situación de apatridia (*Rottmann* y *JY*), consecuencia jurídica importante que tiene en cuenta el Tribunal para justificar su decisión.

Ahora bien, lo anterior no nos debe hacer pensar que la intervención fiscalizadora del TJ se ha limitado al ámbito de la pérdida de la nacionalidad. Ello no es ni mucho menos así, ya que también incide claramente en el de la adquisición y el de la recuperación de la nacionalidad, que en muchos casos están conectadas a la pérdida. Así, el examen, por parte del Tribunal, de la decisión revocatoria de la naturalización del Sr. Rottmann emitida por las autoridades alemanas pertenece en realidad al ámbito de la adquisición de la nacionalidad (o, mejor dicho, de la “no adquisición”, *in casu*), y es en este marco en el que el TJ valora la adecuación al Derecho de la UE de dicha decisión individual, que rechaza una adquisición de nacionalidad. Por otro lado, en este mismo asunto, el propio TJ hace igualmente extensivas al Estado de origen (Austria) las obligaciones dimanantes de la sentencia, lo que implica la obligación para este país de considerar la recuperación de la nacionalidad por parte del Sr. Rottmann⁷⁷. Se trata pues, de una norma material introducida por el TJ, y que obliga a los legisladores de los Estados miembros en este ámbito. Igualmente, en el asunto *Tjebbes*, y ante la eventualidad de que las autoridades de Países Bajos juzguen la pérdida *ipso iure* de la nacionalidad contraria al Derecho de la UE, a tenor de los parámetros indicados por el TJ, éste también introduce expresamente en el fallo la obligación de las autoridades de dicho país de “arbitrar el mecanismo adecuado para que las personas afectadas recuperen *ex tunc* la nacionalidad”. Es otra norma material en la que, con el calificativo de *ex tunc*, el TJ está ya indicando, además, cómo debe ser la naturaleza de dicha recuperación. A su vez, en el asunto *JY*, aunque la pérdida de la ciudadanía de la UE (a raíz de la pérdida de la nacionalidad de Estonia) tiene lugar por renuncia de la interesada, dicha renuncia se llevó a cabo como un requisito exigido por la ley de Austria para la adquisición de la nacionalidad de este país, y por lo tanto en el marco de un

⁷⁷ Ap. 62 STJ 2 marzo 2010, asunto C-135/08, *Rottmann*. De hecho, se ha afirmado que, dada la consideración como legítima (en abstracto) de la privación de la nacionalidad, el “peso” de la sentencia y la responsabilidad de dar una solución al asunto recae en realidad sobre Austria. *Vid.* S. Iglesias Sánchez, *loc. cit.*, p. 947; E. Pataut, *loc. cit.*, p. 6.

proceso de naturalización. En definitiva, el control de compatibilidad con el Derecho de la UE puede abarcar cualquier aspecto de la dimensión constitutiva del vínculo de nacionalidad: adquisición, pérdida o recuperación⁷⁸. Y en todos esos aspectos, el Tribunal ha introducido nuevas reglas materiales, pero también de carácter procesal, que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros.

En segundo lugar, y en cuanto al objeto del control por parte del TJ, ha habido un avance cualitativo importante. En *Rottmann*, el Tribunal enjuicia una decisión de carácter individual de las autoridades alemanas (revocación de la naturalización del interesado, por fraude), y los parámetros que proporciona el máximo intérprete europeo para valorar la compatibilidad de dicha decisión con el Derecho de la UE –en particular, con el principio de proporcionalidad introducido como valor por el Tribunal– van dirigidos a las mencionadas autoridades. De hecho, el TJ distingue entre la competencia para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad –que correspondería a los Estados miembros–, y su ejercicio, sobre el que recaería la obligación de respeto del Derecho de la Unión⁷⁹. Esta distinción ha sido calificada de artificiosa e incoherente⁸⁰, y ha sido *de facto* desvirtuada por la jurisprudencia posterior del TJ. Así, en el asunto *Tjebbes*, el objeto de la fiscalización es ya una norma de carácter general, a saber, los arts. 6, 15 y 16 de la Ley sobre la Nacionalidad de Países Bajos, que regulan la pérdida *ipso iure* de la nacionalidad en supuestos que se consideran “escasamente vinculados” con dicho Estado, así como su recuperación. Por lo tanto, el auténtico destinatario de la sentencia era el legislador neerlandés. Si en *Rottmann* se valoraba la aplicación individual de las normas sobre pérdida (privación) de la nacionalidad –el ejercicio de la competencia–, en *Tjebbes* se fiscalizan ya las normas que la regulan –es decir, la competencia en sí misma–, “amplificando” de este modo la doctrina *Rottmann*⁸¹ y, cabe decir, superándola también. En la sentencia *JY*, lo que se somete a consideración es, de nuevo, una decisión individual, aunque el control sustantivo se proyecta a través del principio de proporcionalidad y del concepto de orden público o seguridad pública, como se dirá.

⁷⁸ Incluso, en el antes mencionado asunto C-689/21, *Udlændinge- og Integrationsministeriet*, aún pendiente ante el TJ, potencialmente puede recaer decisión también sobre las condiciones de solicitud de conservación de la nacionalidad, puesto que esta cuestión es objeto de las preguntas formuladas por el órgano jurisdiccional remitente. Vid. G. T. Davies, “The entirely conventional supremacy of Union citizenship and rights”, en J. Shaw (ed.), *op. cit.*, pp. 7–8, y, en la misma obra colectiva, D. Kochenov, “Two Sovereign States vs. a Human Being: CJEU as a Guardian of arbitrariness in Citizenship Matters”, p. 12, y J. Shaw, “Concluding thoughts: Rottmann in context”, p. 40; S. Iglesias Sánchez, *loc. cit.*, p. 942; M. Soto Moya, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, n° 40, segundo semestre de 2018, p. 475.

⁷⁹ Ap. 48 STJ 2 marzo 2010, asunto C-135/08, *Rottmann*.

⁸⁰ H.U.J. d’Oliveira, “Decision of 2 March 2010...” *loc. cit.*, pp. 147–148.

⁸¹ H. van Eijken, “Tjebbes in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights”, *European Constitutional L. Rev.*, vol. 15, 2019, p. 721.

B) Criterios de verificación introducidos por el Tribunal de Justicia y su base jurídica

En las tres sentencias examinadas, el TJ ha tenido ocasión de establecer un patrón o método para calibrar la compatibilidad con el Derecho de la UE de las medidas estatales en materia de nacionalidad. Este método sería en gran medida paralelo al esquema seguido en la jurisprudencia sobre libre circulación de personas, y referida a la eliminación de obstáculos que no conlleven discriminación⁸², o incluso similar al habitual en el ámbito de los derechos fundamentales⁸³. Así, la medida debe superar un primer control referente a su legitimidad y, adicionalmente, debe adecuarse al principio de proporcionalidad.

Respecto del requisito de la legitimidad, es el propio Tribunal quien efectúa la valoración jurídica. Así, en el asunto *Rottmann*, el TJ consideró legítima una privación de nacionalidad basada en la comisión de maniobras fraudulentas, porque responde a un motivo de interés general (proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre el Estado y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, fundamento del vínculo de nacionalidad⁸⁴), y ello incluso en el caso de que dicha decisión provoque una situación de apatridia⁸⁵.

En la sentencia *Tjebbes*, el Tribunal consideró igualmente legítima la pérdida de la nacionalidad establecida por la ley neerlandesa. Basándose en la Convención para reducir los casos de apatridia y en el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad anteriormente citados (ratificados por Países Bajos), el TJ avala expresamente tanto que la legislación de un Estado miembro parta del postulado de la existencia de un vínculo efectivo, cuya desaparición legitimaría la pérdida de la nacionalidad, como que siga el principio de la unidad de nacionalidad en el seno de la familia⁸⁶. En este sentido, la doctrina ha llamado la atención sobre la asunción (aparentemente acrítica) por parte del TJUE de criterios que han suscitado un importante debate en el Derecho internacional y de la nacionalidad moderno, como son el de la efectividad y el de la unidad de nacionalidad en la familia, y sobre su eventual inconveniencia en el marco de la UE, un entorno de

⁸² F.J. Carrera Hernández, “El ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas a examen: el asunto *Rottmann* [C-135/08] y la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión Europea”, en Jorge Cardona Llorens et. al. (ed.) y M. Aznar Gómez (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Valencia-Santiago de Compostela, Tirant lo Blanch- Universidad de Santiago de Compostela, 2012, p. 1414.

⁸³ S. Iglesias Sánchez, *loc. cit.*, pp. 938-939.

⁸⁴ Ap. 51 STJ 2 marzo 2010, asunto C-135/08, *Rottmann*. En este punto, el Tribunal coincide con la valoración efectuada por el Abogado General Poiares Maduro.

⁸⁵ Vid. D. Kochenov, “Where is EU Citizenship Going? The Fraudulent Dr. *Rottmann* and the State of the Union in Europe”, en L.S. Talani (ed.), *Globalisation, Migration and the Future of Europe: Insiders and Outsiders*, Routledge, 2011, pp. 247-249.

⁸⁶ Aps. 34 a 39 STJ de 12 marzo 2019, asunto C-221/17, *Tjebbes*.

integración y de libre circulación⁸⁷. Respecto de la unidad nacional en el seno de la familia, el propio TJ plantea la eventualidad de que la pérdida de la nacionalidad por parte de un menor de edad pueda no ser siempre lo que mejor se ajuste al interés superior del niño, reconocido por el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁸. De hecho, se ha reprochado la escasa fundamentación de la sentencia *Tjebbes* en lo relativo a la cuestión de los menores de edad, frente a la mayor atención que le dedicó el Abogado General Mengozzi⁸⁹. Respecto del principio de efectividad, también se ha señalado la disparidad de criterio seguido por el TJ en relación con la dimensión de la eficacia de la nacionalidad de un Estado miembro, en la que dicho principio fue rechazado expresamente en la sentencia *Micheletti*, así como en otras posteriores, como se ha visto. En alguna sentencia más reciente, el TJ parece confirmar la premisa de que la nacionalidad responde a una vinculación real⁹⁰. De hecho, otras instituciones de la UE –en particular la Comisión y el Parlamento Europeo– han defendido expresamente este principio (necesidad de un “vínculo genuino”), en referencia a los programas de concesión de la nacionalidad por inversión (*Golden Passports*) establecidos por algunos Estados miembros (Malta, Chipre o Bulgaria)⁹¹. En todo caso, a nivel doctrinal no hay unanimidad en el debate sobre

⁸⁷ H. van Eijken, *loc. cit.*, p. 723; K. Swider, “Legitimizing precarity of EU citizenship: *Tjebbes*”, *Common Market L. Rev.*, n° 57, 2020, pp. 1167–1171.

⁸⁸ Ap. 47 STJ 12 marzo 2019, asunto C–221/17, *Tjebbes*.

⁸⁹ H. van Eijken, *loc. cit.*, pp. 726–727.

⁹⁰ STJ 10 febrero 2022, asunto C-522/20, *OE y VY*. En relación con dicha resolución, y el papel de la nacionalidad en el contexto de la libre circulación, *vid.* A. Font i Segura, “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial. STJ 10 febrero 2022, asunto C–522/20, *OE y VY*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 103, mayo 2022, pp. 8–9.

⁹¹ Tras la aprobación por parte de Malta, a finales de 2013, del programa de nacionalidad por inversión (*Maltese Individual Investor Programme*), que no exigía requisito alguno de residencia en el país ni ningún otro vínculo, sino en esencia solo una “donación”, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo iniciaron acciones para combatir dicho programa, por considerarlo incompatible con el concepto de ciudadanía de la Unión del art. 20 TFUE –por falta de un “vínculo genuino”–, así como con el principio de cooperación leal establecido en el art. 4.3 TUE, al entender que instauraba una auténtica “venta de la ciudadanía de la Unión”. Chipre y Bulgaria aprobaron también programas similares. El 23 enero 2019, la Comisión emitió un Informe sobre los regímenes de ciudadanía y residencia para inversores en la Unión Europea (COM(2019) 12 final), y en octubre de 2020 inició sendos procedimientos de infracción contra Malta –referencia INFR(2020)2301– y Chipre –referencia INFR(2020)2300–, aún abiertos a la fecha de finalización de este trabajo, y ha urgido a Bulgaria a poner fin a su programa. Tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia en enero de 2022, y ante el riesgo de concesión de la ciudadanía de la Unión o de visados de residencia a nacionales de Rusia y Bielorrusia afectados por medidas restrictivas y sanciones aprobadas por la UE, la Comisión ha emitido una recomendación de 28 marzo 2022 (*Commission recommendation on immediate steps in the context of the Russian invasion of Ukraine in relation to investor citizenship schemes and investor residence schemes*, C(2022) 2028 final), instando en particular los Estados miembros a que pongan fin a los regímenes de ciudadanía por inversión –revocando incluso las naturalizaciones efectuadas, en su caso– e impongan salvaguardas en los de residencia por inversión. El Parlamento Europeo, por su parte, también se ha posicionado en diversas ocasiones contra este tipo de programas, y ha aprobado dos resoluciones específicas sobre esta cuestión: Resolución del Parlamento Europeo, de 16 enero 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta (2013/2995(RSP)), y la Resolución del Parlamento Europeo, de

la conveniencia o no de mantener el principio de efectividad en la legislación nacional⁹².

En cuanto a la sentencia *JY*, el TJ considera que la decisión de dejar sin efecto la seguridad relativa a la concesión de la nacionalidad debido al comportamiento del interesado, cuando exista una amenaza para el orden y la seguridad públicos, también se basa en un motivo de interés general⁹³. Pero la cuestión de mayor trascendencia en esta resolución es que el TJ avala de forma expresa la legitimidad de la política legislativa seguida por Austria de “evitar los efectos indeseables de la posesión de varias nacionalidades”⁹⁴, fundándose en la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 y el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997. En este sentido, se le ha reprochado al TJ que legitime la “hostilidad” hacia la doble nacionalidad subyacente en la legislación de algunos Estados miembros, que sería poco compatible con la “lógica de la integración” a la que el propio TJ alude en la sentencia *JY*⁹⁵. Si el derecho de libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la UE pretende favorecer la integración, y si la expresión máxima de dicha integración es la naturalización en otro Estado miembro, parece que sería más coherente propiciar una actitud favorable a la doble nacionalidad, al menos cuando se trate de nacionalidades de dos Estados miembros⁹⁶. Sin embargo, no

9 marzo 2022, con propuestas a la Comisión sobre los regímenes de ciudadanía y residencia por inversión (2021/2026(INL)) (P9 TA(2022)0065). En su momento la doctrina ya señaló la potencial incompatibilidad de los programas de nacionalidad por inversión con los principios de la UE, *vid.* S. Carrera Núñez y G. Marrero González, “La ciudadanía europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la unión?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 49, septiembre/diciembre, 2014, pp. 847–885; M.V. Cuartero Rubio “Nacionalidad por inversión y movilidad transfronteriza de personas en la Unión Europea”, en M. Moya Escudero (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 171–174 y 177–187; M. Soto Moya, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *cit.*, pp. 475–476.

⁹² Se inclinan por mantener el principio de efectividad D. Ruzié, *loc. cit.*, *passim*, y E. Crespo Navarro, *loc. cit.*, p. 891. También se manifiesta a favor E. Pataut, “Quand la Cour s’empare de l’effectivité”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2019, pp. 715–717, precisamente para combatir los mencionados programas de “nacionalidad por inversión”. Ahora bien, también se han señalado el carácter difuso y no unívoco de la noción de “vínculo genuino”, e incluso de la de “residencia efectiva”, y el riesgo de que pueda emplearse para favorecer políticas restrictivas o de exclusión en materia de adquisición de la nacionalidad, *vid.* S. Carrera Núñez y G. Marrero González, *loc. cit.*, pp. 872–876.

⁹³ Ap. 57 STJ 18 enero 2022, asunto C–118/20, *JY*.

⁹⁴ *Ibid.*, ap. 54..

⁹⁵ *Ibid.*, ap. 43. *Vid.* D. Kochenov, “The Tjebbes Fail.”, *European Papers*, vol. 4, n° 1, 2019, pp. 319–320, y “Court of Justice’s Grand Chamber in *JY*: Othering Europeans is OK.”, *EU Law Live*, 24 enero 2022; K. Swider, *loc. cit.*, pp. 1171–1173.

⁹⁶ En Derecho español y respecto de otros Estados miembros, en caso de naturalización solo se exime de renuncia a la anterior nacionalidad a las personas nacionales de Portugal (art. 23.b en relación con art. 24.1º Cc) y Francia (Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021, BOE 29.3. 2022, e Instrucción de 31 marzo 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan los criterios para la

es esta la opción que se desprende de la jurisprudencia del TJ referente al plano constitutivo de la nacionalidad. En cambio, en la dimensión del reconocimiento de la nacionalidad, ya hemos visto como el Tribunal asume dicha situación de doble nacionalidad como una consecuencia lógica de la libre circulación de personas, que incluso la favorece⁹⁷. Esta dualidad de criterio implica una incoherencia que revela que estamos aún muy lejos de una noción propiamente europea de “nacionalidad”. De hecho, refleja también una ambivalencia en la misma concepción de la idea de “integración”, puesto que, frente a la tradicional asunción de que la adquisición de la nacionalidad de un Estado supone el máximo grado de integración en el mismo⁹⁸, el propio Tribunal avala en otras decisiones un entendimiento distinto de este concepto en el marco de la UE, en la medida en que ha propugnado la igualdad entre las distintas nacionalidades de un Estado miembro que se ostentaban, haciendo prevalecer, incluso, la que no era la del Estado miembro de acogida⁹⁹.

Por otro lado, se ha indicado que la jurisprudencia *Tjebbes*, en particular, propiciaría también una discriminación entre ciudadanos de la Unión, ya que la causa de pérdida establecida en la ley neerlandesa solo afectaría a aquellos que sean binacionales, y por lo tanto no a ciudadanos de la UE que ostenten una única nacionalidad¹⁰⁰. Ello es, en el fondo, una nueva proyección del recurrente dilema sobre si la situación de los ciudadanos de la UE que poseen una única nacionalidad es idéntica –o no– a la de aquellos que ostentan más de una nacionalidad. Recordemos que, en el asunto *García Avello*, esta cuestión recibió por parte del TJ una respuesta negativa expresa¹⁰¹. En cambio, decisiones como la proporcionada en el caso *Tjebbes* parecen partir de la asunción contraria. En este sentido, y dado que el TJ ha asumido un rol activo en este ámbito, sería deseable que aplicara también al mismo el enfoque funcional que ha propugnado en la dimensión del reconocimiento de la nacionalidad. Más ampliamente, se plantea como necesaria una reflexión acerca de la posición que, en su caso, debiera adoptar no ya la UE, sino los propios Estados miembros, sobre la cuestión de la doble nacionalidad. A nuestro juicio, no parece que sean ya sostenibles posiciones pretéritas que contemplan la doble nacionalidad como algo

aplicación del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, BOE 6.4.2022). Vid. I. Blázquez Rodríguez, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la UE. Hacia un cambio de paradigma”, en M. Moya Escudero, *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211–215 y 222–224.

⁹⁷ Así se desprende de la STJ 14 noviembre 2017, asunto C-165/16, *Lounes*.

⁹⁸ Idea que parece subyacer en el razonamiento del Tribunal en las sentencias *Lounes* y *JY*, por ejemplo.

⁹⁹ Como sucedió en el asunto *García Avello*, al hilo del cual M. Requejo Isidro apunta acertadamente la distinta visión de la idea de integración que late en esta sentencia, vid. M. Requejo Isidro, *loc. cit.*, p. 8.

¹⁰⁰ H. van Eijken, *loc. cit.*, p. 728; D. Kochenov, “The Tjebbes Fail” *cit.*, p. 320.

¹⁰¹ Aps. 34 a 37 de la sentencia de 2 octubre 2003, asunto C-148/02, *García Avello*.

“patológico” y que debe evitarse¹⁰². La existencia de múltiples conexiones con un Estado de las que se derivan derechos para el individuo (nacionalidad, ciudadanía de la UE, residencia), pone de manifiesto que la nacionalidad ya no puede ser contemplada como una suerte de vínculo “exclusivo y excluyente” con dicho Estado¹⁰³. Y ello, menos aún en un entorno como la UE, que se fundamenta en la movilidad, y en el que negar la posibilidad de que un ciudadano de la Unión ostente más de una nacionalidad (en especial si se trata de la de otro Estado miembro, adquirida voluntariamente) puede resultar incompatible con los principios y la lógica de la integración. No necesariamente la persona ha de quedar en situación de apatridia para que la privación –o exigencia de renuncia– de la nacionalidad que ostenta resulte arbitraria o injusta¹⁰⁴.

El segundo escalón del control instaurado por el Tribunal en el ámbito constitutivo de la nacionalidad es la superación del *test* de proporcionalidad. La medida debe ser adecuada para alcanzar el resultado pretendido, y no ir más allá de lo necesario para este fin, siendo lo menos gravosa o lesiva posible para los intereses y derechos del sujeto afectado. El principio de proporcionalidad, empleado anteriormente por el TJ en otros ámbitos materiales distintos al que analizamos¹⁰⁵, es introducido *ex novo* por el máximo intérprete europeo en el asunto *Rottmann*¹⁰⁶, como un elemento de control sustantivo que se proyecta sobre la aplicación de las normas estatales en materia de nacionalidad. De esta forma, se crea un límite material, establecido desde el ordenamiento de la UE, al carácter exclusivo de las competencias de los Estados miembros en este ámbito¹⁰⁷. En las tres resoluciones objeto de examen, el TJ impone a las autoridades de los Estados miembros la obligación de valorar si la aplicación de

¹⁰² I. Blázquez Rodríguez, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la UE. Hacia un cambio de paradigma”, *loc. cit.*, pp. 191–192.

¹⁰³ I. Blázquez Rodríguez, “Doble nacionalidad y permanencia del estatuto personal en el marco de la movilidad intra-UE”, *loc. cit.*, p. 226; M. Soto Moya, “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el art. 9.9 Cc”, *loc. cit.*, pp. 233–234.

¹⁰⁴ M. Soto Moya, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *loc. cit.*, p. 459.

¹⁰⁵ El principio de proporcionalidad, como propio del derecho de la UE, ha sido empleado por el TJ ya desde épocas tempranas, y en ámbitos materiales muy diversos. Algunos de ellos son ajenos al que tratamos (política de la competencia, libre circulación de mercancías, agricultura y pesca o fiscalidad, entre muchos otros), pero también ha sido aplicado en conexión con los derechos directamente dimanantes de la ciudadanía de la Unión (cabe citar por ejemplo la precursora STJ 12 mayo 1998, asunto C-85/96, *Martínez Sala*). En estos últimos se situaría la raíz común con las sentencias que se analizan en el presente trabajo.

¹⁰⁶ Aps. 55 a 59 STJ 2 marzo 2010, asunto C-135/08, *Rottmann*. Con ello, el TJ fue más allá del criterio sostenido por el Abogado General, quien consideró que la revocación de la nacionalidad por las autoridades alemanas no estaba vinculada al ejercicio de los derechos y libertades que se derivan del Tratado, y que no se infringía ninguna otra norma comunitaria, así como que la eventual respuesta por parte de las autoridades austriacas era en todo caso una cuestión puramente interna (puntos 33 y 34 de las Conclusiones).

¹⁰⁷ P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, p. 266 y 282.

la medida o norma en cuestión respeta el principio de proporcionalidad, en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada, y en su caso, para los miembros de su familia. Dos notas caracterizan este control de proporcionalidad. En primer lugar, debe realizarse en función del Derecho de la Unión, adicionalmente al examen de proporcionalidad que ya se realice, en su caso, en función del Derecho nacional¹⁰⁸. En segundo lugar, tal examen requiere la valoración individual de la situación de la persona afectada, que debe poder realizarse de forma incidental por parte de las autoridades administrativas y los tribunales nacionales competentes¹⁰⁹. En este punto, resulta claro que el alcance de la intervención del TJ no es únicamente sustantivo, sino que también afecta al procedimiento, puesto que obliga a las autoridades nacionales no solo a motivar sus decisiones (y a posibilitar su control jurisdiccional¹¹⁰), sino a introducir de algún modo una fase incidental a efectos de llevar a cabo este control de proporcionalidad. Este punto suscita interrogantes, ya que ello no siempre será factible. Y, por otro lado, no está claro cómo puede llevarse a cabo dicho control en los supuestos en los que la pérdida se produce de forma automática, extendiéndose la paradoja a cómo articular la recuperación retroactiva de la nacionalidad perdida contraviniendo el Derecho de la UE, obligación que el TJ introduce también en la sentencia *Tjebbes*¹¹¹.

A efectos del examen de proporcionalidad, en la sentencia *Rottmann* el TJ ya suministra unos elementos de valoración para determinar si la pérdida de la nacionalidad que conlleve la pérdida de la ciudadanía de la UE tiene consecuencias (no hipotéticas o eventuales) que puedan afectar de manera desproporcionada, en relación con la finalidad perseguida por el legislador nacional y desde el punto de vista del Derecho de la Unión, al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona afectada y de los miembros de su familia. Estos indicadores son objeto de un desarrollo más amplio en la sentencia *Tjebbes*, en la que se mencionan como posibles consecuencias negativas a tener en cuenta las eventuales limitaciones en el ejercicio del derecho a entrar, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, la consiguiente obstaculización de sus relaciones familiares o actividades profesionales, la imposibilidad de renunciar a la nacionalidad de un tercer Estado que se ostente, el deterioro sustancial de la seguridad que suponga la privación del derecho a beneficiarse de la protección consular prevista por el

¹⁰⁸ Ap. 55 STJ 2 marzo 2010, asunto C-135/08, *Rottmann*.

¹⁰⁹ Aps. 41 y 42 STJ 12 marzo 2019, asunto C-221/17, *Tjebbes*.

¹¹⁰ G.R. de Groot y A. Seling, "The Consequences of the *Rottmann* Judgement on Member State Autonomy – The European Court of Justice's Avant-gardism in Nationality Matters", *European Constitutional L. Rev.*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 157–158; S. Iglesias Sánchez, *loc. cit.*, pp. 943–944.

¹¹¹ Por ello, se ha sugerido si esta "carga" que el Tribunal impone a los aplicadores del derecho no sería más bien una vía indirecta para "incentivar" a los legisladores estatales a impulsar una reforma normativa. *Vid.* K. Swider, *loc. cit.*, pp. 1174, 1176–1177 y 1179.

art. 20.2.c) TFUE, el interés superior del niño en caso de los menores de edad, etc.

Precisamente, un elemento muy importante que aporta la sentencia *Tjebbes*¹¹² es la introducción de los derechos fundamentales como parámetro de valoración de la proporcionalidad de la pérdida de la ciudadanía de la UE: en particular, el Tribunal se refiere al derecho al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño, tal como están reconocidos en los arts. 7 y 24.2º, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En el asunto *Rottmann*, el TJ valoró la situación de apatridia desde la óptica de la eventual pérdida de derechos de dimensión europea, y no desde la de los derechos humanos, extremo que por cierto se le ha reprochado¹¹³. Esta remisión a los derechos fundamentales garantizados en la Carta se reitera en la sentencia *JY*¹¹⁴. Esto supone no solo la incorporación de una base jurídica adicional que refuerza y enriquece constitucionalmente la fundamentación de las resoluciones del TJ en este ámbito¹¹⁵, sino de toda una nueva y trascendental perspectiva –la de los derechos fundamentales– que sin duda puede imprimir una orientación singular a la jurisprudencia futura del Tribunal. Es posible plantearse, por ejemplo, la eventual incidencia que puede tener esta jurisprudencia en el ámbito de los derechos de residencia derivados a favor de nacionales de terceros Estados, cuando la pérdida de la nacionalidad (y de la correlativa ciudadanía de la Unión) afecta a menores de edad que están a su cargo¹¹⁶. Ciertamente, puede debatirse que este “componente humanitario”, más propio de la jurisprudencia relativa al ámbito de los derechos de extranjería, asilo y protección internacional, sea un elemento de valoración idóneo en sede de adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad, ya que implica hacer depender la vigencia del vínculo de la ciudadanía de la Unión de la gravedad de las consecuencias de su pérdida¹¹⁷.

¹¹² Ap. 45 STJ 12 marzo 2019, asunto *Tjebbes*.

¹¹³ J. Shaw, “Setting the scene: the Rottmann case introduced”, p. 3, y D. Kostakopoulou, “European Union citizenship and Member State nationality: updating or upgrading the link?”, p. 23, en J. Shaw (ed.), *op. cit.*

¹¹⁴ Ap. 61 STJ 18 enero 2022, asunto C-118/20, *JY*.

¹¹⁵ H. van Eijken, *loc. cit.*, pp. 727 y 729.

¹¹⁶ Interrogante que se plantea acertadamente D. Marín Consarnau al hilo de la STJ 2 octubre 2019, asunto C-93/18, *Bajratari*. En este asunto el TJ no llegó a entrar en la cuestión, porque la decisión de retirada de la nacionalidad irlandesa de los menores no era aún firme, pero de llegar a producirse es inevitable preguntarse si dicha retirada debería considerarse a la luz del principio de proporcionalidad y del interés superior del menor, *vid.* D. Marín Consarnau, “Derechos de residencia derivados: balance de la jurisprudencia del TJUE de la última década en los albores de la actual”, *La Ley: Unión Europea*, nº 83, 2020, p. 8.

¹¹⁷ K. Swider, *loc. cit.*, p. 1176. Con todo, existen otros ejemplos jurisprudenciales actuales de orientación finalista de la aplicación de las normas sobre nacionalidad. Así, en el ordenamiento español, podemos citar la STS CA nº 1521/2021 de 17 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4917), por la que se atempera el requisito del “suficiente grado de integración” del art. 22.4º Cc en el caso de una mujer migrante en un concreto y determinado contexto sociocultural, o la SAP Gipuzkoa 2ª nº 341/2022, de

Pero, de hecho, el propio principio de proporcionalidad también acaba subordinando la vigencia del vínculo nacional a un balance de los efectos que la norma o medida estatal provoca en la situación de la persona afectada, valorados en función del Derecho de la Unión. Por otro lado, y al margen de la pérdida de la nacionalidad, otras consideraciones conectadas con los derechos fundamentales han aparecido ya implícitamente en la jurisprudencia del TJ relacionada con el vínculo nacional. Así, por ejemplo, en la década de los años 70 del siglo XX, y en materia de función pública comunitaria, algunas resoluciones del TJ ya tuvieron en cuenta el principio de no discriminación por razón de sexo en relación con la atribución de la nacionalidad a la mujer por razón de matrimonio¹¹⁸, actualmente contemplado en los arts. 21 y 23 CDFUE. También podría fundamentarse en el art. 21 CDFUE (y más allá del art. 2 TUE) la prohibición de discriminación entre nacionales de origen y naturalizados que ya apuntaba el TJ en el asunto *Auer I*¹¹⁹. Aunque excede del objeto de este trabajo ahondar sobre esta cuestión, se revela necesaria igualmente una reflexión sobre la relación entre el Derecho de la nacionalidad y los derechos fundamentales desde la perspectiva del ordenamiento de la UE¹²⁰.

En cuanto a la valoración de la proporcionalidad, la sentencia *JY* da un importante paso respecto de las dos anteriores. Mientras que en *Rottmann* y en *Tjebbes* el TJ deja en manos de las autoridades estatales la aplicación individual de dicho *test*¹²¹, en el asunto *JY* es el propio Tribunal de Luxemburgo el que se pronuncia directamente respecto de la proporcionalidad de la medida de retirada de la seguridad en la adquisición de la nacionalidad austriaca, teniendo en cuenta la naturaleza de las infracciones administrativas que constituyeron la base de tal decisión, y la existencia de una amenaza para el orden público y la seguridad pública alegadas por las autoridades austriacas. En este punto, el Tribunal afirma,

11 de mayo (ECLI:ES:APSS:2022:203), por la que se aplica extensivamente el art. 17.1º.c) Cc a una menor apátrida nacida en tránsito durante el proceso migratorio de su madre a España.

¹¹⁸ STJ 7 junio 1972, asuntos 20/71, *Bertoni-Sabbatini* y 32/71, *Bauduin-Chollet*, y sentencias de 20 febrero 1975, asuntos 21/74, *Airola* y 37/74, *Van den Broeck*. En todos los casos el litigio tiene como base la reclamación de indemnizaciones por expatriación y desplazamiento previstas en el Estatuto del funcionariado europeo. *Vid.* P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, pp. 275–276.

¹¹⁹ STJ 7 febrero 1979, asunto 136/78, véase *supra* apartado II.1. *Vid.* G.R. de Groot, A. Seling, *loc. cit.*, p. 158. En este sentido, el ordenamiento español establece una discriminación a efectos de la pérdida de la nacionalidad entre nacionales de origen y naturalizados en el art. 24.1º Cc.

¹²⁰ La doctrina ha abordado ampliamente y desde diversas perspectivas el estudio de la interacción entre el ordenamiento de la UE y los derechos fundamentales. En particular, en relación con la jurisprudencia del TJ sobre ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales, *vid.* S. Iglesias Sánchez, “Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?”, *European L. J.*, vol. 20, nº 4, 2014, pp. 464–481; A. Yong, “The Future of EU Citizenship Status during Crisis—Is There a Role for Fundamental Rights Protection?”, *J. Int’L Comp. L.*, nº 7–2, 2020, pp. 471–489.

¹²¹ Aspecto criticado por aquella doctrina que defendía una delimitación directa de la proporcionalidad desde el Derecho de la UE, *vid.* D. Kochenov, “Two Sovereign States...”, *loc. cit.*, pp. 12 y 14–15.

en esencia, el carácter desproporcionado de la medida, atendiendo a la escasa gravedad de las infracciones cometidas por JY, fundamentando su argumentación en las nociones autónomas de “orden público y seguridad pública” ya desarrolladas en su jurisprudencia anterior sobre el derecho de residencia¹²². La consecuencia última de ello es que, a través de esta vía, se introduce una nueva norma material de Derecho de la UE que se superpone a las reglamentaciones de los Estados miembros en materia de adquisición de la nacionalidad, en tanto que limita las causas para su denegación.

Todas las consideraciones expuestas nos permiten trazar cuál ha sido la evolución de la base jurídica y la fundamentación de la jurisprudencia del TJ en lo referente a la dimensión constitutiva de la nacionalidad. Situando el anclaje común en la ciudadanía de la Unión (arts. 20 y 21 TFUE), el TJ ha basado sus decisiones, sin embargo, mayoritariamente en reglas de Derecho internacional de origen convencional (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997) a las que se ha añadido más recientemente la dimensión de los derechos fundamentales (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Se ha apuntado, en este sentido, la existencia de un cierto déficit de fundamentación en normas y principios propiamente del Derecho de la UE¹²³. Ciertamente, estos sí aparecen ya en el principio de proporcionalidad, y en la sentencia JY, a través de las nociones europeas de orden público y seguridad pública. Será necesario esperar al ulterior desarrollo de la jurisprudencia del TJ para calibrar si ello responde a una tendencia consolidada, o bien a las peculiaridades del caso concreto. En todo caso, se aprecia un reforzamiento progresivo de la fundamentación jurídica aportada por el Tribunal, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, que va paralelo al aumento del grado de intervención sobre la normativa interna en esta materia.

En definitiva, es evidente que, a partir de las tres sentencias examinadas, el TJ ha construido unas reglas que, en tanto que configuran un marco del Derecho de la nacionalidad de los Estados miembros¹²⁴, imponen límites a las competencias estatales en esta materia. En este punto, es inevitable subrayar las dudas de legitimación democrática que ha planteado este activismo jurisprudencial¹²⁵. A

¹²² Aps. 68 a 73 STJ 18 enero 2022, asunto C-118/20, JY. El Tribunal se refiere en particular a la STJ 13 septiembre 2016, C-165/14, *Rendón Marín*, y a la jurisprudencia relacionada.

¹²³ E. Pataut, “Quand la Cour s’empare de l’effectivité”, *loc. cit.*, p. 711.

¹²⁴ S. Corneloup, *loc. cit.*, p. 492; P. Lagarde, “Cour de Justice de l’Union Européenne (Grande Chambre) – 2 mars 2010”, *loc. cit.*, p. 551.

¹²⁵ J. Shaw, “Concluding thoughts: Rottmann in context”, en J. Shaw (ed.), *cit.*, p. 34. Se ha llegado a calificar, por ejemplo, de “usurpación sigilosa de competencias”, *vid.* H.U.J. d’Oliveira, “Decision of 2 March 2010, Case C-135/08...”, *loc. cit.*, p. 149. Asimismo, *vid.* S. Corneloup, *loc. cit.*, pp. 505–508, quien señala que se da la paradoja de que, pese a que existen unas reglas de origen pretoriano, no resulta posible, en el estado actual de desarrollo del derecho primario, la adopción de ninguna norma de derecho derivado en materia de nacionalidad por parte de las instituciones de la UE.

nuestro juicio, la valoración de esta legitimidad depende de la perspectiva adoptada. Ciertamente, desde un punto de vista estrictamente competencial, y enfocando en el la dimensión constitutiva del Derecho de la nacionalidad, en el estado actual –jurídico y político– del proceso de integración europea parece difícilmente sostenible defender que la UE pueda asumir competencia alguna en este ámbito, teniendo en cuenta las reiteradas y manifiestas expresiones de voluntad de los Estados de retener esta prerrogativa. Por ello, pese a existir propuestas en este sentido, no parece realista preconizar una armonización directa de las normas de nacionalidad por parte de las instituciones europeas¹²⁶. Evidentemente, ello no excluye opciones de *soft law* y acciones a nivel político¹²⁷, que pueden también dar resultado, pero que son cosa distinta.

Otro punto de vista posible, sin embargo, es situar el foco de la cuestión sobre lo que sí pertenece al ámbito de acción de la Unión Europea, como fuente legitimadora de la actuación de las instituciones europeas. Así, el respeto de los derechos humanos (art. 2 TUE), el principio de cooperación leal (art. 4.3º TFUE), el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE) y la misma ciudadanía de la Unión (arts. 20 y siguientes TFUE), tal como está siendo perfilada en su contenido y alcance por la jurisprudencia del Tribunal, ofrecerían a nuestro criterio una base jurídica suficiente para que desde la UE se establezcan determinados límites a las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad (que es precisamente lo que está llevando a cabo el Tribunal de Luxemburgo¹²⁸). Esto podría proyectarse, por ejemplo, en relación con los programas de nacionalidad por inversión¹²⁹, las opciones discriminatorias en el acceso y conservación de la nacionalidad, o determinados supuestos de pérdida de la nacionalidad contrarios a los derechos fundamentales o a la lógica de la integración. Los mencionados límites derivarían, al fin y al cabo, de las correlativas obligaciones asumidas por los Estados miembros ante la Unión, y también ante el resto de los Estados miembros. Bajo esta perspectiva, sería quizás factible una intervención a nivel institucional desde la UE, estableciendo unas directrices reguladoras de mínimos que fijaran lo que se reputa incompatible con los principios y valores del Derecho de la UE, sin alterar el actual reparto competencial. Con todo, es cierto que no siempre resulta fácil trazar la frontera entre esta modulación de las competencias “en negativo” y la imposición de una determinada opción reguladora.

¹²⁶ É. Pataut, “Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique”, *loc. cit.*, p. 5; D. Kochenov, “Two Sovereign States vs. a Human Being: CJEU as a Guardian of arbitrariness in Citizenship Matters”, en Jo Shaw (ed.), *loc. cit.*, pp. 12–13.

¹²⁷ Como las desarrolladas en relación con los *Golden Passports*, *vid. nota* nº 92.

¹²⁸ P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, pp. 273–274.

¹²⁹ V. Cuartero Rubio, *loc. cit.*, pp. 182–183, aboga por una intervención de la UE en el ámbito de la ciudadanía de la UE, señalando que, al fin y al cabo, su relación directa con la nacionalidad es una opción de política legislativa.

En todo caso y finalmente, no hay que perder de vista la posibilidad de actuación a nivel intergubernamental. La disparidad entre las legislaciones sobre nacionalidad de los Estados miembros constituye un obstáculo a los objetivos de la integración y es fuente de discriminaciones¹³⁰. De hecho, este constituiría el último nivel de intervención que se deriva de la jurisprudencia del TJ, que es la introducción de la obligación para los Estados miembros de coordinarse en materia de nacionalidad. Esta obligación implícitamente señala una necesidad de convergencia entre sistemas jurídicos en este ámbito¹³¹. En efecto, en la sentencia *Rottmann*, la actuación de las autoridades austriacas se hace depender de la resolución final del asunto por parte de las alemanas. Y en la sentencia *JY*, se indica a las autoridades austriacas que han de considerar las posibilidades y condiciones de recuperación de la nacionalidad estonia por parte de la interesada¹³². En consecuencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la actuación completamente unilateral de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la nacionalidad no es posible en el marco de la UE. En este sentido, el “activismo” del TJ buscaría cumplir una función preventiva frente a esta falta de coordinación entre Estados miembros, sugiriendo a la vez (y quizás incentivando) la necesaria armonización de las leyes sobre nacionalidad¹³³. Un instrumento jurídico idóneo para ello podría ser un convenio multilateral celebrado entre los Estados miembros. Evidentemente, no es realista pensar en una armonización total, pero sí en una coordinación parcial, estableciendo normas comunes en aquellos aspectos que se han ido señalando en este trabajo, y que son pertinentes a efectos del Derecho de la UE, sea por su carácter discriminatorio, por su incompatibilidad con los derechos fundamentales o con el principio de lealtad, o por constituir un grave obstáculo al disfrute de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

Pese al mantenimiento formal de la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de nacionalidad, es posible afirmar la existencia de un incipiente Derecho europeo en este ámbito, de raíz exclusivamente jurisprudencial, que configura un marco que los Estados miembros han de respetar en el ejercicio de sus competencias. Dicho marco normativo ha sido

¹³⁰ D. Kochenov, “Two Sovereign States vs. a Human Being: CJEU as a Guardian of arbitrariness in Citizenship Matters”, en Jo Shaw (ed.), *loc. cit.*, p. 11; P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, pp. 271 y 273.

¹³¹ S. Iglesias Sánchez, *loc. cit.*, p. 946; P. Lagarde, “Cour de Justice de l’Union Européenne (Grande Chambre) – 2 mars 2010”, *loc. cit.*, p. 557; D. Kochenov, “Where is EU Citizenship Going?..”, *loc. cit.*, p. 251.

¹³² Ap. 62 de la sentencia dictada en el asunto C-118/20.

¹³³ G.T. Davies, *loc. cit.*, p. 5; O. Golyner, “The correlation between the status of Union citizenship, the rights attached to it and nationality in *Rottmann*”, en Jo Shaw (ed.), *op. cit.*, p. 20.

extraído por el TJ en un primer momento a partir de la libre circulación de personas, y posteriormente del estatuto de la ciudadanía de la UE.

Esta jurisprudencia abarca tanto la cuestión de la eficacia o reconocimiento del vínculo, como su dimensión constitutiva. Sin embargo, se aprecia una notable diferencia de construcción entre ambas perspectivas, tanto en lo referente a su legitimidad como a la fundamentación jurídica. En las resoluciones que inciden en la eficacia de la nacionalidad, el Tribunal ha desarrollado una justificación más detallada, con base en los principios y reglas del Derecho de la UE, tanto de la aplicación del ordenamiento europeo como de los criterios de solución de los problemas planteados. El método funcional empleado por el TJ, aunque ciertamente resta seguridad jurídica, imprime flexibilidad y una razonable coherencia global a esa jurisprudencia. En términos generales, las reglas creadas por el TJ no sustituyen a las estatales, sino que corrigen su resultado material cuando este es incompatible con los objetivos del Derecho de la UE y los derechos garantizados por este.

En lo que respecta a la dimensión constitutiva de la nacionalidad, la justificación de la aplicación del Derecho de la UE a través de la ciudadanía de la Unión es más débil, teniendo en cuenta que se trata de un ámbito en principio sometido a la competencia estatal. El TJ ha introducido reglas de alcance material y procedimental, a partir de las cuales se está articulando un marco en el que debe operar la normativa sobre nacionalidad de los Estados miembros. Estas reglas forman un conjunto todavía fragmentario y asistemático, que adolece de zonas grises e incluso de algunas incoherencias respecto de la dimensión del reconocimiento de la nacionalidad, y que presenta incógnitas en cuanto a su implementación.

En este sentido, transcurridos más de diez años desde la sentencia *Rottmann*, cada vez se hace más evidente la tensión entre el activismo jurisprudencial del TJ y la falta de competencias directas de la UE en materia de nacionalidad. Muy probablemente sería necesario el establecimiento de unos criterios reguladores comunes sobre nacionalidad a nivel de la UE, pero ello plantea dudas sobre la legitimidad del TJ para seguir avanzando en este ámbito sin que se acometa una reforma de los Tratados que habilite una asunción, al menos parcial, de competencia por parte de la Unión. Sin embargo, ello no es una opción realista en el estado jurídico y político actual del proceso de integración. Ahora bien, esto no significa que no sean factibles otros enfoques del problema que permitan un darle un encuadre jurídico adecuado, sin alterar el reparto actual de competencias entre la UE y los Estados miembros. Por un lado, es posible afirmar la legitimidad de determinado grado de intervención de las instituciones de la UE, en la medida en que las regulaciones sobre nacionalidad de los Estados miembros afecten a principios y valores del Derecho de la Unión, como el respeto de los derechos humanos, el principio de cooperación leal, el principio de no discriminación por

razón de nacionalidad o la propia institución de la ciudadanía de la Unión, tal como ha sido perfilada por el Tribunal de Justicia. Desde esta perspectiva, sería defendible el establecimiento de unas directrices europeas de mínimos, en forma de límites a la competencia de los Estados miembros, en aquellos aspectos que afectan directamente a los mencionados principios y valores comunes europeos. Por otra parte, el activismo del Tribunal puede entenderse también como una indicación implícita a los Estados miembros de la necesidad de que emprendan una coordinación o convergencia entre sus respectivas legislaciones sobre nacionalidad. Esta coordinación podría abarcar sectorialmente las cuestiones de las que se deriva un mayor riesgo de incompatibilidad con el ordenamiento de la UE, y podría canalizarse a través de la celebración de un convenio multilateral entre los Estados miembros, auspiciado por la propia UE. En cualquier caso, se revela urgente y necesario reflexionar sobre cuál ha de ser el significado y la función actual de la nacionalidad en el marco de la Unión Europea, y adoptar una vía de acción en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackermann, T.: “Case C–148/02, *Carlos García Avello v. État Belge*”, *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 141–154.
- Arenas García, R.: “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”. en M.V. Cuartero Rubio MV y J.M. Velasco Retamosa (ed.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47–79.
- Basedow, J.: “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, nº 3, 2010, pp. 427–456.
- Blázquez Rodríguez, I.: “Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la UE. Hacia un cambio de paradigma”, en Mercedes Moya Escudero, *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 189–224.
- : “Doble nacionalidad y permanencia del estatuto personal en el marco de la movilidad intra-UE”, en Mercedes Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 187–228.
- : “Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2017), vol. 9, nº 2, pp. 106–126.
- Borrás Rodríguez, A.: “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, pp. 584–587.
- Bouza i Vidal, N., “El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad. (Comentario a la sentencia del TJCE de 7 julio 1992, Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria, as. C 369/90)”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 20, mayo/agosto 1993, pp. 563–581.
- Carrera Hernández, F.J.: “El ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas a examen: el asunto *Rottmann* [C–135/08] y la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión Europea”, en

- Jorge Cardona Llorens *et.al.* (ed.) y M. Aznar Gómez (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Valencia–Santiago de Compostela, Tirant lo Blanch– Universidad de Santiago de Compostela, 2012, pp. 1405–1417.
- Carrera Núñez, S. y Marrero González, G., “La ciudadanía europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la unión?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, septiembre/diciembre, 2014, pp. 847–885.
- Corneloup, S.: “Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'UE en matière de nationalité”, *Journal du Droit International*, nº 3, 2011, pp. 491–516.
- Crespo Navarro, E.: “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, pp. 883–912.
- Cuartero Rubio, M.V.: “Nacionalidad por inversión y movilidad transfronteriza de personas en la Unión Europea”, en Mercedes Moya Escudero (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 167–187.
- Davies, G.T.: “The entirely conventional supremacy of Union citizenship and rights”, en Jo Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, pp. 5–9, [<http://hdl.handle.net/1814/19654>].
- Espinar Vicente, J.M.: “La resolución de los conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario”, *La Ley Comunidades Europeas*, nº 84, 1994, pp. 1–5.
- Fernández Rozas, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987.
- Font i Segura, A.: “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial. Sentencia del Tribunal de Justicia 10 febrero 2022, Asunto C–522/20, OE y VY”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, mayo 2022, pp. 8–9.
- Gardeñes Santiago, M.: “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona. Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE García Avello, de 2 octubre 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004, pp. 1–14.
- : “El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 379–424.
- : “The Cross–Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights for the European Union Citizen”, en Papadopoulou, L. y Anagnostopoulou, D. (eds.), *Towards an Inclusive European Citizenship*, Atenas, Papazissis Publishers, 2019, pp. 235–241.
- Golynker, O.: “The correlation between the status of Union citizenship, the rights attached to it and nationality in Rottmann”, en Jo Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, pp. 5–9 [<http://hdl.handle.net/1814/19654>].
- Iglesias Buhigues, J.L.: “Doble nacionalidad y Derecho comunitario: A propósito del asunto C–369/90, Micheletti, sentencia del TJCE de 7 julio 1992”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 953–967.
- Iglesias Sánchez, S.: “¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, 2010, pp. 933–950.

- Jessurun d'Oliveira, H.U.: "Case C-369/90, M. V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment of 7 July 1992", *Common Market Law Review*, vol. 30, nº 3, 1993, pp. 623-637.
- : "Decision of 2 March 2010, Case C-135/08, Janko Rottman v. Freistaat Bayern – Case Note I – Decoupling Nationality and Union Citizenship?", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 138-149.
- Jiménez Blanco, P.: "Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión", *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018, pp. 1-11.
- Juárez Pérez, P.: "Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), vol. 2, nº 2, pp. 261-289.
- Kochenov, D.: "Court of Justice's Grand Chamber in JY: Othring Europeans is OK.", *EU Law Live*, 24 enero 2022 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4031066].
- : "The Tjebbes Fail", *European Papers*, vol. 4, nº 1, 2019, pp. 319-336 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3373840].
- : "Two Sovereign States vs. a Human Being: CJEU as a Guardian of arbitrariness in Citizenship Matters", en Jo Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, pp. 11-16 [<http://hdl.handle.net/1814/19654>].
- : "Where is EU Citizenship Going? The Fraudulent Dr. Rottmann and the State of the Union in Europe", en Leila S. Talani (ed.), *Globalisation, Migration and the Future of Europe: Insiders and Outsiders*, Routledge, 2011, pp. 240-253.
- Kostakopoulou, D.: "European Union citizenship and Member State nationality: updating or upgrading the link?", en Jo Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, pp. 21-25 [<http://hdl.handle.net/1814/19654>].
- Lagarde, P.: "Arrêt du 2 octobre 2003 – Cour de Justice des Communautés Européennes", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, nº 1, 2004, pp. 192-202.
- : "Cour de Justice de l'Union Européenne (Grande Chambre) – 2 mars 2010", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, nº 3, 2010, pp. 540-558.
- Lara Aguado, A.: "Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)", *Diario La Ley*, nº 6107, 2004, pp. 1-13.
- Magallón Elósegui, N.: "La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad – Comentario a la STJUE de 2 marzo 2010", *Diario La Ley*, nº 7520, 2010, pp. 1-9.
- Marín Consamau, D.: "Derechos de residencia derivados: balance de la jurisprudencia del TJUE de la última década en los albores de la actual", *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020, pp. 1-24.
- Pataut, E.: "Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique.", *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 3, 2010, pp. 617-632.
- : "Quand la Cour s'empare de l'effectivité", *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 3, 2019, pp. 709-726.
- : "La citoyenneté européenne: vers l'élaboration d'un statut personnel et familial", en H. Fulchiron y C. Bideaud-Garon, *Vers un statut européen de la famille*, París, Dalloz, 2014, pp. 97-109.
- Pérez Vera, E.: "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 261, 1996, pp. 243-425.

- Poillot-Peruzzetto, S.: “Note” [Sentencia TJ de 2 octubre 2003, asunto C-148/02, *García Avello*], *Journal du Droit International*, 2004, pp. 1225-1237.
- Quiñones Escámez, A.: “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, pp. 851-872.
- René de Groot, G. y Seling, A.: “The Consequences of the *Rottmann* Judgement on Member State Autonomy – The European Court of Justice’s Avant-gardism in Nationality Matters”, *European Constitutional L. Rev.*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 150-160.
- Requejo Isidro, M.: “Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *Diario La Ley*, nº 5903, 2003, pp. 1-12.
- Rodríguez Mateos, P.: “La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 1990, 2, pp. 463-493.
- Ruzié, D.: “Nationalité, effectivité et droit communautaire”, *Revue générale de droit international public*, vol. 107, 1993, pp. 107-120.
- Sánchez Lorenzo, S.A.: “Derechos humanos y competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/2, julio-diciembre 2015, pp. 111-133.
- Sánchez Lorenzo, S.A.: “Libertades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. V, 2005, pp. 253-267.
- Shaw, J.: “Setting the scene: the *Rottmann* case introduced”, y “Concluding thoughts: *Rottmann* in context”, en Jo Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/62, Florencia, EUDO Citizenship Observatory, 2011, pp. 1-4 y 33-40 [<http://hdl.handle.net/1814/19654>].
- Soto Moya, M.: “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, nº 40, segundo semestre de 2018, pp. 453-481.
- : “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2008, pp. 11-12.
- : “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el art. 9.9 CC”, en M. Moya Escudero (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 229-277.
- Swider, K.: “Legitimizing precarity of EU citizenship: *Tjebbes*”, *Common Market Law Review*, nº 57, 2020, pp. 1163-1182.
- Toner, H.: “Case C-192/99, R v. Secretary of State for the Home Department, *ex parte* Kaur, Judgment of the Full Court of 20 February 2001, [2001] ECR I-1237”, *Common Market Law Review*, vol. 39, nº 4, 2002, pp. 881-893.
- van Eijken, H.: “*Tjebbes* in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights”, *European Constitutional L. Rev.*, vol. 15, 2019, pp. 714-730.

Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

SUMARIO I. Introducción: el debate que no cesará. II. Casos *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: la creación de una doctrina. III. Posición final del TJUE: obligaciones de los Estados y las dudas que provocan. 1. Las obligaciones de los Estados miembros. 2. Argumentos de la Abogada General: el debate perdido. 3. Posibilidades de ejecución de la resolución. 4. Primera reacción doctrinal: ¿la única solución posible? IV. Contradicciones entre el argumento de las resoluciones y los fallos. 1. La obligación de documentar. 2. La obligación de reconocer el documento del país de residencia. V. Un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos. 1.– La libertad de circulación y residencia. 2. Derecho a unos mismos apellidos. 3. El interés superior de los menores. 4. La intimidad familiar. 5. Orden público, identidad nacional y las familias homoparentales. VI. Conclusiones que miran al futuro.

Resumen: Uno de los retos jurídicos esenciales de la futura movilidad de los ciudadanos europeos en los 27 Estados miembros de la Unión es el de los conflictos que se producen por la diferencia de la regulación del derecho de familia en ellos. La movilidad de un Estado miembro con un modelo de familia en el que se admite la homoparentalidad a otro que no la admite crea inevitables fricciones. La vulneración de la identidad nacional de los Estados de los nacionales que no reconocen la filiación igualitaria es el argumento de sus autoridades para poner en cuestión que las familias homoparentales ya creadas en unos Estados puedan tener el mismo régimen jurídico en el Estado de su nacionalidad. Este es un debate vivo, que creemos que evolucionará en el futuro, y que por momentos ha parecido difícilmente resoluble por el TJUE. En el trabajo exponemos por qué creemos que la admisión parcial de dicha alegación del interés nacional en los casos *Pancharevo*, y *Rzeczchnik* pone en cuestión claramente el disfrute de derechos europeos, como la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos con un mismo estatuto personal, la protección del interés superior de los menores, el uso de unos mismos apellidos y el mantenimiento de una misma intimidad familiar en toda la Unión.

PALABRAS CLAVE: ESTATUTO PERSONAL - IDENTIDAD PERSONAL - MATRIMONIO Y FILIACIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO - LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA - IDENTIDAD NACIONAL.

Doctrine of the CJEU in Pancharevo and Rzeczchnik, a step back in the exercise of european rights

ABSTRACT: The difference in the regulation of family right in the 27 Member States of the European Union has emerged as one of the key legal challenges for the future mobility of European citizens throughout the European area. The mobility of families from a Member State that allows same-parenthood family models to one Member State that does not creates inevitable frictions and, therefore, conflicts throughout the 27 Member States. The infringement of the national identity of the States of nationals which do not recognise equal parenthood is the argument invoked by their authorities to call into question that same-sex-parent families already created in some States could not have the same

legal status in the Member State of their nationality. This is a long-term debate, which we believe will evolve in the future, and which at times has seemed difficult for the CJEU to resolve. In this study we delve into why the partial admissibility of such national interest claimed both in the Pancharevo and Rzecznik cases may clearly impede the effective enjoyment of European rights such as freedom of movement and freedom of residence for citizens with the same personal status, as well as the protection of the best interests of minors, the use of the same surnames, and the maintenance of the same family privacy throughout the Union.

KEYWORDS: PERSONAL STATUS - PERSONAL IDENTITY - SAME-SEX MARRIAGE AND AFFILIATION - FREEDOM OF MOVEMENT AND RESIDENCE - NATIONAL IDENTITY

I. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE QUE NO CESARÁ

1. La UE tiene como finalidad crear un espacio único de libertad, seguridad y justicia en el que sus ciudadanos, con un estatuto específico propio y respetado por todos los Estados, puedan circular y residir libremente en todo el territorio de los 27 Estados miembros (EEMM en adelante)¹. En este espacio único, el ejercicio de la libertad de circulación y del estatuto de ciudadano de la Unión exigen una regulación común que permita ejercerla con el respeto en los 27 EEMM a los derechos más íntimamente ligados a su personalidad que los ciudadanos europeos tiene reconocidos en su Estado de residencia. Para ello, la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos con los mismos derechos se convierte en un derecho esencial para la construcción europea y para los derechos de sus ciudadanos². Esta libertad no se ejerce aislada del resto de derechos europeos, sino en combinación con ellos, en concreto, como veremos en el presente trabajo, con los derechos a una misma identidad en toda la Unión, a la intimidad personal y familiar de la que disfruta en cualquier Estado miembro (EM en adelante), y a la protección de su familia, en especial la de los menores³. Para lograr el disfrute de estos derechos es necesario que los ciudadanos europeos

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es).

¹ Sobre la importancia de la movilidad transfronteriza y la vida familiar que analizaremos en el presente trabajo, *vid.* P. Jiménez Blanco, “Movilidad transfronteriza de personal, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, junio 2018, nº 35, pp. 1-49.

² En palabras del propio TJUE “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”. *Vid.*, entre muchas otras, STJUE 2 octubre 2003, *García Avello*, que citaremos a continuación, en su ap. 22.

³ Sobre la relación de la libertad de circulación con otros derechos y sus consecuencias, *vid.* M. Requena Casanova, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, pp. 41-79.

vean reconocido en todos los EEMM el mismo estatuto personal y familiar del que disfrutaban en cualquiera de los 27.

2. Otro de los valores esenciales de la Unión Europea es el del respeto a las diferencias entre los Estados y entre las regiones, y con ello el verdadero cumplimiento del lema de la Unión, *Unidos en la Diversidad*⁴. Para cumplir esta unión respetando la diversidad de los Estados el respeto a la identidad nacional de cada uno de ellos es un principio esencial del Derecho europeo⁵. Inevitablemente, el ejercicio de la libertad de circulación con el mismo estatuto personal en toda la Unión y el respeto a la identidad nacional provocan un evidente conflicto⁶ que debe ser resuelto por el TJUE⁷.

3. El TJUE ya ha resuelto con anterioridad cuestiones prejudiciales en las que ha debido analizar cómo respetar el mismo estatuto personal en distintos ámbitos en Estados con diferentes regulaciones. En la década del 2000 estudió el respeto al derecho al nombre y al apellido de los ciudadanos europeos en los casos *García Avello*⁸ y *Grunkin–Paul*⁹. A grandes rasgos su doctrina sostenía que los Estados deben aceptar inscribir en sus registros públicos el nombre y los apellidos de los ciudadanos europeos dobles nacionales en la forma ya registrada y reconocida en otro EM, aunque esta forma de reconocimiento de los apellidos (básicamente uno o dos apellidos en el nombre) fuese diferente a la regulada en su derecho interno. La finalidad de esta aplicación del derecho de otro EM en la inscripción de sus ciudadanos en los registros públicos nacionales es la de mejorar el ejercicio de su libertad de circulación¹⁰. En la década del 2010 debió

⁴ Sobre el lema de la Unión, su existencia y fundamento, según la Comisión Europea, *vid.* https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_es.

⁵ Art. 4.2º TUE: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

⁶ Muchos trabajos han analizado este conflicto. Se puede consultar un reciente volumen entero centrado en este conflicto en M.V. Cuartero Rubio, J. M. Velasco Retamosa, *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

⁷ Sobre el papel del TJUE como interpretador de la regulación europea y creador de valor normativo sobre su aplicación, *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I–Bis”, en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 31–58.

⁸ STJUE 2 octubre 2003, asunto C–148/02, caso *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539

⁹ STJUE 14 octubre 2008, asunto C–353/06, caso *Grunkin–Paul*, ECLI:EU:C:2008:559. En concreto, sobre esta resolución, *vid.* M. D. Ortiz Vidal, “El caso Grunkin–Paul: notas a STJUE de 14 octubre 2008”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, nº 1, 2009, pp. 143–151.

¹⁰ Sobre las consecuencias de la sentencia y la Res. DGRN 24 febrero 2010 dictada tras ella, *vid.* C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno y J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 15ª edición, 2021, p. 415. *Vid.* un estudio detallado de todas las resoluciones en; A.

analizar el ejercicio de este derecho de los matrimonios del mismo sexo. En el caso *Coman*¹¹ resolvió que todos los Estados de la Unión deben admitir el ejercicio del derecho de circulación por su territorio de los cónyuges del mismo sexo de ciudadanos europeos nacionales suyos, aunque estos Estados no reconozcan este tipo de matrimonio en su derecho interno. Si bien los supuestos vinculados al apellido tuvieron cierta repercusión, fue el caso *Coman*¹² el que provocó un buen número de trabajos que lo analizaron y que estudiaron sus efectos¹³. Y aunque la doctrina es clara y los Estados deben aplicarla, en el concreto caso *Coman* aún no se ha logrado el total reconocimiento de Coman y Hamilton a circular por toda la Unión Europea con el mismo estatuto personal¹⁴.

4. Como vemos, este es un debate que no cesa, que creemos que continuará en el futuro y que en la década de los años 2020 ha dado el salto al reconocimiento de la filiación igualitaria de dos mujeres en todos los Estados de la Unión. El reconocimiento de la homoparentalidad ha surgido por la existencia de dos procedimientos en los que sendas parejas de mujeres que residen en España y que han inscrito en sus registros a una niña como hija de ambas han solicitado que sus países de origen que no admiten esta filiación, Bulgaria y Polonia, las reconozcan e inscriban a las menores, documentándolas con ello como nacionales suyas. En los casos *Pancharevo*¹⁵ y *Rzeczchnik*¹⁶ el TJUE tiene la misma posición, que analizamos críticamente en el actual trabajo. Como citamos

Durán Ayago, “El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea ...*, op. cit., pp. 515–543.

¹¹ STJUE 5 junio 2018, asunto C–673/16, caso *Coman–Hamilton*, ECLI:EU:C:2018:385. Sobre el caso Coman, que ha motivado numerosos estudios por la doctrina, vid. entre otros que citaremos a lo largo del trabajo, S. Álvarez González, S., “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley: Unión Europea*, nº 56, 2018, pp.1–6.

¹² Por su importancia nos detendremos en los hechos muy brevemente. Relu Adrian Coman, ciudadano rumano que trabajaba como asistente en el Parlamento Europeo en Bruselas celebra matrimonio en Bélgica con un nacional norteamericano, Robert Clabourn Hamilton. Durante un tiempo Hamilton siguió viviendo en Nueva York y Coman en Bélgica. Finalizado su trabajo en el Parlamento desean trasladarse a Rumanía a vivir. Rumanía, que no permite el matrimonio de personas del mismo sexo en su territorio, no les reconoce como tales y le concede a Hamilton permiso para residir en Rumanía durante 3 meses en su calidad de ciudadano extracomunitario.

¹³ Entre muchos otros, por ejemplo, vid. A. Rivas Vaño, “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9 1/2019, pp. 136–161. También fue analizada, por ejemplo, por el Profesor Carrascosa en su blog *Accursio DIP*, vid. [<http://accursio.com/blog/?p=851>].

¹⁴ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2021/2679(RSP), P9 TA (2021) 0366. Ap. 10; “(...) pide a la Comisión que adopte medidas de ejecución contra Rumanía por su continuo incumplimiento de esta sentencia y la falta de vías de recurso que obligaron al demandante a recurrir al TEDH para obtener reparación”.

¹⁵ STJUE 14 diciembre 2021, asunto C–490/20, asunto *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008.

¹⁶ ATJUE 24 junio 2022, asunto C 2/21, asunto *Rzeczchnik*, ECLI:EU:C:2022:502.

anteriormente estimamos que el tema tendrá gran recorrido en el futuro, si bien las resoluciones *Pancharevo* y *Rzeczchnik* ya nos ofrecen la posibilidad de exponer en toda su extensión el panorama que se abre ante nosotros en el futuro reconocimiento del mismo estatuto personal en toda la Unión.

II. CASOS *PANCHAREVO* Y *RZECZNIK*: LA CREACIÓN DE UNA DOCTRINA

5. Detenernos, siquiera sea brevemente, en los hechos de los supuestos es un ejercicio de interés porque creemos que el propio contenido del fallo de las dos resoluciones provocará que en el futuro el TJUE pueda tener que estudiar casos similares, pero con matices que los diferencie. El hecho de que haya resuelto igual ambos supuestos no nos debe hacer presuponer que los órganos judiciales europeos tendrán muy claro qué hacer en casos futuros, ya que la muy diferente casuística que deberán analizar podrá provocar nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal¹⁷.

6. En el caso *Pancharevo* nos encontramos ante la solicitud en diciembre de 2019 de un matrimonio formado por una mujer búlgara (VMA) y otra británica (KDK) residentes en Barcelona de inscribir a su hija (SDK) ante las autoridades del registro municipal de Sofía, Bulgaria, con los mismos datos de la inscripción del Registro civil español¹⁸. El registro de Sofía exigió a la madre que acreditase que era la madre biológica para inscribirla únicamente como hija suya, toda vez que su derecho no admite ni el matrimonio homosexual ni la maternidad de dos mujeres de una niña¹⁹. El 5 de marzo de 2020 el Ayuntamiento resolvió contra la

¹⁷ Verdaderamente apreciaremos en el análisis de los hechos cómo los dos supuestos son muy similares, casi con la única diferencia de que en uno de ellos las dos madres y esposas son ciudadanas europeas y en otro solo lo es una de ellas. Sin embargo, cuando en el futuro los registradores o Tribunales deban aplicar el sentido del fallo del Tribunal, su propio tenor, que consideramos mejorable en cuanto a la claridad de las obligaciones que impone, puede provocar dudas en las autoridades europeas. Los diferentes detalles de las casuísticas de los casos que se le presenten a las autoridades administrativas y judiciales europeas que no sean exactamente iguales a estos supuestos y la propia evolución de los derechos de familia de los Estados miembros, pueden provocar de nuevo que el TJUE deba volver a pronunciarse al respecto. En los dos supuestos que veremos, las madres eran una de un país que no reconoce la homoparentalidad (Bulgaria y Polonia) y la otra de un país británico que no le concedía la nacionalidad a la menor nacida fuera de su territorio (Reino Unido e Irlanda). En el futuro podremos tener otros supuestos con dos madres de EEMM que sí les otorgan la nacionalidad a las menores nacidas fuera de su territorio, por ejemplo, y que pueden suponer cambios en las apreciaciones de los tribunales y nuevas cuestiones prejudiciales.

¹⁸ Con la evidente intención de poder documentarla como nacional búlgara, ya que el registro español, al conocer que el derecho búlgaro le otorgaba la nacionalidad por el simple nacimiento de una madre búlgara, no la inscribió con nacionalidad alguna. La madre búlgara, VMA, figura en la inscripción del nacimiento de la menor como *madre A* y la británica, KDK, como *madre* sin otro aditamento.

¹⁹ Para inscribir a la niña como hija de la mujer búlgara se le exigió una prueba de su filiación biológica materna ya que según el art. 25.1º de la Constitución búlgara “Serán nacionales búlgaros

solicitud de VMA y denegó la expedición del certificado de nacimiento dado que no tenía información de la identidad de la madre biológica de la niña y por el hecho de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de la República de Bulgaria, que no permite ni el matrimonio ni la filiación entre dos personas del mismo sexo.

7. Ante la negativa de la madre a identificarse como la madre biológica de la menor²⁰, el Ayuntamiento no la registró y la madre recurrió en apelación. El tribunal administrativo de Sofía pregunta el 2 de octubre de 2020 al Tribunal de Justicia (TJUE a partir de ahora) si por la doctrina Coman dicha denegación de inscripción es contraria al Derecho europeo o si la identidad nacional búlgara justifica que se pueda exigir la acreditación de la filiación biológica de la niña²¹.

8. Debemos destacar que en su recurso el Tribunal búlgaro alega que no tiene dudas de que la niña tiene la nacionalidad búlgara por lo establecido en el art. 25.1º de la Constitución búlgara y del art. 8 de la su Ley sobre la Nacionalidad, a pesar de que, hasta la fecha, la interesada no disponga de un certificado de nacimiento. Sin embargo, duda sobre si la negativa de las autoridades búlgaras a expedir un certificado de nacimiento podría dificultar la expedición de un documento de identidad búlgaro y, en consecuencia, obstaculizar el ejercicio del derecho a la libre circulación de la menor por la Unión Europea y por Bulgaria, y por ello el pleno disfrute de sus derechos como ciudadana de la Unión.

9. El Tribunal que inicia la cuestión prejudicial destaca que esta duda es compatible con el indiscutible hecho de que, para él, la solicitud de expedir un certificado de nacimiento búlgaro con los mismos datos que el español, y por lo tanto con dos madres, puede menoscabar el orden público y la identidad nacional de la República de Bulgaria, según lo regulado en el art. 4 del TUE, ya que ese EM no ha previsto la posibilidad de mencionar en un certificado de nacimiento dos progenitores del mismo sexo para la menor²².

quienes tengan al menos un progenitor de nacionalidad búlgara o hayan nacido en territorio búlgaro, si no adquieren otra nacionalidad por filiación. La nacionalidad búlgara también puede adquirirse por naturalización”. La madre se negó a ello, alegando que no podía identificar a la madre biológica. Sobre la falta de acceso a la nacionalidad española en dicho supuesto por lo establecido por el art. 17 Cc, *vid.* M. Guzmán Zapater (directora) y otros, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2021, p. 205.

²⁰ La norma civil búlgara exige que para documentar a una menor como nacional suya se debe inscribir en el registro, y tras esto expedir un certificado de nacimiento de la niña, toda vez que la inscripción es requisito previo obligatorio para ello. El Tribunal búlgaro pregunta, entre otras cosas, si dicha exigencia atenta contra la doctrina Coman.

²¹ Este tipo de situaciones conflictivas por las diferencias de los derechos de familia ya han sido analizadas por la doctrina. Al respecto, *vid.* G. Palao Moreno, “Los Reglamentos europeos en materia de familia: cuestiones abiertas y problemas prácticos”, *La vida familiar internacional ...*, *op. cit.*, pp. 23–46.

²² Incluso, en una posición que creemos de gran interés, el tribunal administrativo búlgaro expone su opinión sobre cuál sería la solución que, aplicando el principio de proporcionalidad, constituiría un

10. El caso *Rzecznik* es muy similar al caso *Pancharevo*. En él, el matrimonio formado por una mujer polaca (KS) y una irlandesa (SVD) inscribieron una niña (SRS-D) como hija de ambas en el registro civil español²³. Tras esto solicitaron la inscripción de la certificación de nacimiento expedida por las autoridades españolas de SRS-D en el registro civil polaco. El 16 abril 2019 el Encargado del Registro Civil polaco denegó la inscripción, debido a que tal inscripción sería contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la República de Polonia²⁴. Al no haber impugnado ni KS ni SVD la decisión denegatoria, esta adquirió firmeza el 30 abril 2019. Sin embargo, tras la queja ante el Defensor del Pueblo polaco, este interpuso recurso ante la denegación de la inscripción.

11. El órgano judicial que conoció el asunto se dirigió al TJUE ya que consideraba que el Derecho polaco impedía emitir la documentación nacional de la menor y el mismo tribunal que pregunta admitía que sin esa documentación no se le otorgaba a la niña una protección eficaz y se le dificulta el ejercicio de su libertad de circulación y residencia²⁵. También afirmó que este hecho dificulta que las autoridades públicas, incluidos los órganos jurisdiccionales, concedan una protección eficaz a la menor, teniendo en cuenta su interés superior. El propio órgano argumenta que considera que este hecho incumpliría el derecho europeo²⁶. Incluso en este supuesto también el tribunal aventura cuál podría ser la resolución final del TJUE, y en este caso va más allá que el tribunal búlgaro, y señala que el Tribunal podría ordenar a las autoridades polacas que transcribieran literalmente esa certificación de nacimiento, con las dos mujeres como madres. Esta inscripción permitiría a continuación expedir un documento

equilibrio adecuado entre los distintos intereses legítimos en conflicto, la identidad búlgara y los derechos de la niña. Para el tribunal que inicia la cuestión prejudicial la solución adecuada sería señalar en la casilla para la “madre” el nombre de una de las dos madres que se mencionan en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades (la búlgara para otorgarle la nacionalidad), sin cumplimentar la casilla para el “padre”.

²³ La certificación de nacimiento designa a la mujer polaca KS como *madre A* y a la irlandesa, SVD como *madre B* respectivamente.

²⁴ Toda vez que el art. 18 de la Constitución polaca establece que “La República de Polonia salvaguardará y protegerá el matrimonio como unión de la mujer y del hombre, la familia, la maternidad y la condición de progenitores”.

²⁵ El órgano judicial polaco, al igual que el búlgaro, afirmó en su recurso que la menor era sin duda alguna polaca, sobre lo que manifestaba su total certeza, pero que el ordenamiento jurídico polaco impedía inscribirla a nombre de las dos mujeres. Se debe destacar que según el ordenamiento jurídico irlandés la menor no tenía nacionalidad irlandesa y, por consiguiente, no tenía derecho ni a un documento de identidad ni a un pasaporte.

²⁶ El mismo órgano jurisdiccional remitente admite que, aunque las cuestiones de estado civil y las normas relativas al matrimonio relacionadas con él son materias que pertenecen al ámbito de competencia de los EEMM las divergencias existentes entre las normas aplicables en los diferentes EEMM pueden dificultar la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los 27.

de identidad que garantizaría que el menor afectado pueda atravesar las fronteras interiores de la Unión, protegiendo su vida privada y familiar²⁷.

12. Al ser el caso *Rzeczchnik* prácticamente idéntico al caso *Pancharevo*, el Tribunal aplicó el art. 99 de su Reglamento de procedimiento²⁸, que establece que cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia previa del Tribunal, este podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado²⁹. Esto es lo que ocurrió en el presente supuesto, a nuestro juicio de forma acertada, toda vez que los supuestos eran similares en lo esencial. Quizás la diferencia más significativa era que en el supuesto polaco ambas madres son nacionales de EEMM y en el búlgaro no, pero el resto de los hechos de los supuestos son idénticos.

13. En comparación con el caso *Coman*, tanto *Pancharevo* como *Rzeczchnik* presentan una radical diferencia. *Coman* abordaba el derecho de un matrimonio de convivir juntos en un Estado que no les reconocía como tal. Sin embargo, en estos supuestos estamos ante el acceso de las menores a la documentación y acreditación de la nacionalidad y su identidad de los EE MM de los que son nacionales, y por lo tanto que adquiriesen el estatuto de ciudadanas comunitarias. También se ponía en cuestión que disfrutaran en el país de su nacionalidad de la misma identidad que la que tienen en el EM en el que residen. Este acceso a la identidad nacional y a la posibilidad de ejercer la libertad de circulación gracias a ella exigen celeridad³⁰ y especial cuidado en el tratamiento de los derechos de las menores.

14. Así pues, se plantea de nuevo el debate entre la identidad nacional y el ejercicio de derechos europeos en una materia especialmente sensible, en la que están en juego tanto el estatuto de ciudadano europeo de una menor como su adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro. Jugando con el lema de la Unión, la posición del Tribunal respondería la duda sobre en dónde nos situamos en el ámbito del disfrute de los derechos europeos. ¿Estamos más unidos en la

²⁷ Lo que, para el tribunal polaco, sería la única manera de cumplir con lo dispuesto en los arts. 20 TFUE, ap. 2, letra a), y 21 TFUE, ap. 1, en relación con los arts. 7, 21, ap. 1, y 24, ap. 2, de la Carta.

²⁸ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DO L 265 de 29.9.2012, p. 1).

²⁹ Art. 99. “Respuesta mediante auto motivado. Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

³⁰ Sobre la oportunidad de aplicar en estos procedimientos el art. 105.1 del Reglamento de procedimiento y con ello la tramitación acelerada nos hemos pronunciado, junto a más doctrina que también lo ha analizado con detalle. Al respecto, *vid.* L.B. Campuzano Díaz, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2002: Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB, As. 393/18 PPU”, *CDT*, vol. 11, n° 2, 2019, pp. 462–471; y L. A. Pérez Martín, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 octubre 2018, asunto C–393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, n° 66, año VII, 2019, pp. 107–120.

consideración de nuestros derechos europeos en el respeto a la diversidad de los Estados miembros? ¿O cada vez somos más diversos en el disfrute de nuestros derechos europeos con la finalidad de respetar la identidad nacional de los EM?³¹.

III. POSICIÓN FINAL DEL TJUE: OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y LAS DUDAS QUE PROVOCAN

15. El TJUE resolvió el supuesto imponiendo a ambos EEMM dos obligaciones, la de la identificar a las menores para otorgarle la nacionalidad del Estado y consecuentemente la ciudadanía europea y la de reconocer el documento español para que las tres personas implicadas, las madres y las hijas pudiesen circular por sus Estados³². El Tribunal obvió la reflexión de la Abogada General (AG) respecto a si se podía cuestionar la nacionalidad de la menor búlgara, toda vez que el derecho búlgaro exigía la acreditación de la maternidad biológica de la madre búlgara. Ambos Estados consideraban que la niña era nacional suya, lo que creemos que provocó esta falta de reflexión al respecto, que para algunos autores hubiese sido interesantes abordar³³. Por ello analizaremos el debate que pudo ser y no fue justo tras la exposición de las obligaciones del fallo.

1. Las obligaciones de los EEMM

16. Como citábamos, los fallos de ambas resoluciones imponen dos obligaciones a los Estados, las mismas dos obligaciones en ambos supuestos³⁴. Por un lado, en primer lugar “El Estado miembro del que las menores son nacionales están obligados a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales”. Por otro lado, en segundo lugar, tras expedirle este documento están obligados, “por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier

³¹ Sobre los matices de este debate, *vid.* R. Arenas García, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, *La vida familiar internacional ...*, *op. cit.*, pp. 47–78.

³² A lo largo del trabajo cuando estudiamos el fallo nos referiremos a ellas como “las tres personas implicadas” y cuando analicemos el texto de la resolución “las madres” o “progenitoras”. Durante la lectura del próximo epígrafe IV apreciarán el motivo de esta diferencia.

³³ *Vid.* S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley: Unión Europea* nº 102, abril 2022, nº 102, pp. 1–18, p. 5.

³⁴ En el trabajo las citaremos unidas, e incluso en los fundamentos que analizaremos posteriormente únicamente citaremos los apartados de cada una por su diferente numeración, toda vez que la aplicación del artículo 99 motivó que el Tribunal emplease en el auto exactamente los mismos argumentos y el mismo fallo, sin modificación alguna.

otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

17. Así pues, establece dos obligaciones diferentes y separadas entre sí. En primer lugar, deben documentar a las niñas como sus propias nacionales para que accedan al estatuto de ciudadanas de la Unión y puedan acreditar esta nacionalidad con la documentación pertinente para ello. Con esta obligación se cumple lo establecido en la Directiva 2004/38/CE de 29 abril 2004³⁵ en su art. 4.3³⁶. Para el Tribunal es indiferente que a tal fin se inscriba el nacimiento en el Registro Civil o no, a lo que obliga su derecho interno. Ante la exigencia de la emisión de este documento cede el derecho nacional y no se puede alegar la vulneración de su orden público. Volveremos sobre esa importante posición del tribunal más adelante en nuestro epígrafe IV.1. Y tras esto, como segunda obligación, los Estados deben reconocer el documento emitido por el Estado de acogida, España, para que la menor pueda circular libremente por su Estado al igual que por cualquier otro de la Unión Europea “con cada una de esas dos personas”, según el fallo, que están reconocidas en el documento español. Con esta segunda obligación se cumple lo regulado en el Reglamento n.º 2016/1191 de 6 julio 2016,³⁷ en su artículo 4³⁸. También volveremos más adelante con el importante significado que para nosotros tiene la forma en la que el Tribunal cita a las dos madres demandantes en ambos fallos.

18. Coincidimos con el Profesor Álvarez³⁹ y con parte de la doctrina que analizaremos con posterioridad, en la opinión de que la separación de estas dos obligaciones provoca que el TJUE no ha reconocido en sus resoluciones la

³⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 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) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158, 30.4.2004, p.77.

³⁶ “Los Estados miembros expedirán o renovarán a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad”.

³⁷ Reglamento (UE) n.º 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 julio 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012. DO L 200, de 26 julio 2016, p.1 diciembre de 2012, p. 1/136.

³⁸ “Los documentos públicos a los que se aplica el presente Reglamento y sus copias certificadas quedarán exentos de toda forma de legalización y trámite similar”. En este punto es pertinente reflejar que el citado Reglamento simplifica los requisitos de presentación de determinados documentos, tales como nacimiento, matrimonio, divorcio y filiación, lo que no supone una modificación del Derecho material en este ámbito, así como no comporta una obligación de reconocimiento de los efectos jurídicos del documento. El Reglamento tiene como finalidad el reconocimiento inmediato y la simplificación de los requisitos de presentación de los documentos que acreditan el estado civil de las personas que cita en el art. 2, entre los que están los certificados de nacimiento y de identidad, si bien no existe a reconocer los efectos civiles de los mismos, materia competencia de los Estados miembros.

³⁹ Vid. S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce...”, *loc. cit.*, p. 5.

homoparentalidad en toda la Unión Europea, a pesar de los titulares de prensa y de algunos análisis iniciales de la resolución que afirmaban que sí lo hacía. Como reitera el Tribunal en varios de sus pasajes, parece que ha dictado su fallo atendiendo al escrupuloso respeto al “estado actual de los Derechos de los Estados miembros de la Unión”⁴⁰. Sigue así su posición en la sentencia Coman, en la que se le reconocía el derecho a la libertad de circulación a quien ya circulaba, a la persona considerada individualmente, pero no por el hecho de ser matrimonio, toda vez que no se obligaba a Rumanía a reconocer los derechos que otorgaba tal matrimonio⁴¹. En *Pancharevo y Rzecznik*, si atendemos únicamente a su fallo, el Tribunal adopta la misma solución final.

19. Sin embargo, una primera duda o reflexión que planteamos y sobre la que reflexionaremos en el epígrafe V de nuestro trabajo es: ¿es posible? ¿Se pueden separar ambas obligaciones sin más? ¿Cómo? ¿Los datos de los documentos pueden ser diferentes? ¿Cómo conjugamos con la libertad de circulación y los derechos de la menor que los datos del documento de identidad del país de la nacionalidad sean diferentes a los datos del documento de inscripción del nacimiento del país de acogida?

2. Argumentos de la Abogada General: el debate perdido

20. Para obtener la nacionalidad de Bulgaria y Polonia las menores deben ser hijas biológicas de nacionales de dichos países. En el caso búlgaro, aunque VMA no fuese la madre biológica de la niña, podría reconocer su maternidad de forma expresa y con ello ser considerada como madre de la menor⁴². Sin embargo, a pesar de tener esta oportunidad, no le ejerció, y manifestó ante las autoridades búlgaras que no podía determinar quién era la madre biológica de la menor, y que además el derecho nacional búlgaro no le obligaba a ello⁴³. Este hecho podía provocar que Bulgaria, o Polonia en su caso por ser un supuesto similar, pudiesen dudar de si las menores eran hijas biológicas de sus nacionales, y con ello si eran nacionales propias. Desde luego, esta es una cuestión de orden público para ambos Estados⁴⁴, y con ello hubiesen “resuelto” el supuesto y satisfecho su posición de no inscribir ni documentar a la menor como hija de ambas madres,

⁴⁰ Aspecto señalado en varios de los apartados de la sentencia y del auto.

⁴¹ Vid. J. Carrascosa González, *Accursio DIP* [<http://accursio.com/blog/?>>], p=851.

⁴² Art. 64 del Código Civil búlgaro.

⁴³ El reconocimiento de la maternidad hubiese implicado necesariamente la exclusión del reconocimiento de la otra mujer como madre, y vista la situación actual del caso Coman, y también como su esposa en Bulgaria.

⁴⁴ Si bien volveremos a analizar el orden público nacional y su relación con los dos supuestos, al respecto de la aplicación del orden público, las libertades europeas y el derecho de familia, vid. N. Goñi Urriza, “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y en los Estados miembros”, *CDT*, vol. 13, nº 2, 2021 pp. 233–255.

ya que no querían reconocer la homoparentalidad en su derecho. Esta fue la posición del Gobierno búlgaro en el procedimiento⁴⁵. Sin embargo, ambos tribunales nacionales, aunque no tenían acreditada la filiación biológica de las menores, admitieron en sus escritos de inicio del procedimiento ante el TJUE que las menores eran nacionales suyas, lo que el tribunal dio por acreditado por ser los tribunales los únicos competentes a ese respecto⁴⁶.

21. La AG sí dedica parte de su extenso y completo escrito de conclusiones a analizar esta posibilidad de que las menores no fuesen nacionales búlgara y polaca. Afirma que la expedición del certificado de nacimiento de las niñas de acuerdo con lo dispuesto en los dos certificados de nacimiento españoles hubiese supuesto confirmar la nacionalidad búlgara de la menor y, a su vez, su condición de ciudadana de la Unión⁴⁷, y toda vez que para ello era necesario hacer figurar a dos madres, los EEMM no las inscribieron. Como paso anterior a estudiar la obligación de los Estados de documentar a las menores, la AG entra a analizar si la menor es nacional de ambos Estados o no. O la niña ha adquirido la nacionalidad búlgara por ministerio de la ley⁴⁸ o no la ha adquirido por la negativa de su madre a identificarse como madre biológica⁴⁹. Si la niña es nacional búlgara, Bulgaria debe documentarla en aplicación de la Directiva 2004/38. Si la menor no fuese búlgara, la negativa a expedir un certificado de nacimiento en Bulgaria no conculcaría los derechos de la menor, pero sí lesionaría el derecho a la libre circulación de VMA, que previamente había adquirido la condición de madre de la menor de conformidad con el Derecho español y no podría desarrollar la misma vida familiar en su Estado de origen al regresar⁵⁰.

22. Al no haberse pronunciado el TJUE al respecto, no podemos conocer su posición sobre si la falta de reconocimiento de la nacionalidad de la niña hubiese vulnerado o no el derecho de VMA a la libertad de circulación y residencia con

⁴⁵ Ap. 33 de las conclusiones de la AG Kokkot de 15 de abril de 2021, ECLI:UE:C:2021:296.

⁴⁶ Ap. 39 de la sentencia y 22 del auto. El TJUE está vinculado a la tesis propuesta por el órgano jurisdiccional, dado que no está facultado para cuestionar la aplicación de la ley nacional búlgara a los hechos según este los interpreta.

⁴⁷ Ap. 31 STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C 184/99, caso *Grzelczyk*, EU:C:2001: 458; ap. 41 STJUE de 15 julio 2021, asunto C 535/19, caso A, EU:C:2021:595.

⁴⁸ Ap. 38 de las Conclusiones de la AG.

⁴⁹ Ap. 39 de las Conclusiones de la AG. En todo caso, si la menor no fuese búlgara, toda vez que sería apátrida, obtendría la nacionalidad española, en aplicación del art. 17.1.c del CC. Apartados 48 y 118 de las conclusiones de la AG.

⁵⁰ Por ello en todo caso en ambos supuestos procede que el TJUE responda a la cuestión prejudicial interpuesta por el órgano jurisdiccional remitente, toda vez que en los dos supuestos se obstaculiza en mayor o menor medida el ejercicio de la libertad de circulación y de residencia de VMA, ciudadana búlgara, con su hija tal y como es reconocida en España. Doctrina asentada en el ap. 21 ss de la STJUE 7 julio 1992, C-370/90, caso *Sing* EU:C:1992:296; ap. 52 de la STJUE de 14 de noviembre de 2017, C-165/16, caso *Lounes*, EU:C:2017:862; ap. 32 STJUE de 5 junio 2018, C-673/16, *Coman y otros*, EU:C:2018:385.

una hija reconocida en España pero que en dicho momento hubiese sido apátrida en tanto en cuanto que cuando se inicia el procedimiento España no la había reconocido como nacional suya. Si el TJUE hubiese expuesto su opinión al respecto podríamos tener más elementos de juicio para analizar futuros supuestos en los que las menores no fuesen nacionales de un EM. A nuestro juicio el respeto al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de la madre ciudadana europea puedan hacernos prever una solución similar de necesidad de reconocer el documento español aún sin ser la niña ciudadana comunitaria, pero no estamos en condición de poder asegurarlo al cien por cien⁵¹.

3. Posibilidades de ejecución de la resolución

23. La separación de las dos obligaciones entre sí provoca, a nuestro juicio, un cumplimiento de la normativa europea, pero estrecha, insuficiente, asistemática y sin aplicar las exigencias que la Directiva 2004/38 y el Reglamento 2016/1191 suponen la una respecto del otro. Y para nosotros, como veremos en el epígrafe V de nuestro trabajo, esta solución pone en cuestión y limita el ejercicio de derechos europeos. En estos fallos el TJUE permite la posibilidad de que el documento de identidad búlgaro y polaco no tengan el mismo contenido que la certificación de nacimiento española. Esto es, que por un lado se emita la identificación de la niña con una sola madre y apellido y, por otro, que se deba reconocer el documento español con dos madres y dos apellidos. Esta es la consecuencia de que el fallo las separe y que señale en su texto, respecto al documento de identidad búlgaro, que “Este documento, *por sí solo o en combinación con otros*, en su caso con un documento expedido por el Estado miembro de acogida del menor de que se trate, debe permitir a un menor que se encuentre en una situación como la de SDKA ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantizado en el art. 21 TFUE, ap. 1”⁵². Si el documento búlgaro o polaco tuviesen los mismos datos que el documento español, no necesitaría “combinarse con ningún otro” (la certificación de nacimiento española) para permitir el ejercicio de la libertad de circulación de la niña con sus dos madres. Y lo normal es que en la práctica esto sea lo que ocurra. Los

⁵¹ La AG parece de esta misma opinión, ya que en los apartados 66 y 67 de sus conclusiones afirmó que, de no concederle la nacionalidad búlgara a la menor, pero reconociendo los vínculos familiares establecidos en España y los efectos de la aplicación de las normas de la Unión en materia de libre circulación, no se establecerían obstáculos a la libre circulación de VMA, y ello en base a que la Directiva 2004/38 no garantiza únicamente los derechos y las libertades de circulación de los ciudadanos europeos, sino también a los nacionales de terceros Estados como miembros de la familia. Este es un debate que consideramos de mucho interés, pero en el que no podemos entrar por no deber ser objeto del presente trabajo por motivos de coherencia con la línea expositiva del tema central del estudio.

⁵² Ap. 46 de la sentencia y 40 del auto.

documentos búlgaro y polaco no tendrán los mismos datos que el español, porque no admitirán la existencia de dos madres y la segunda madre reconocida en el español no figurará en el documento nacional de identidad de las niñas, teniendo por lo tanto dos estatutos personales diferentes en dos EEMM de la Unión Europea⁵³.

24. El TJUE no le señala a los Estados cómo deben hacerlo. Parece que incluso los Tribunales que iniciaron los procedimientos prejudiciales creyeron que el Tribunal sí les exigiría más obligaciones de las que finalmente le impuso a sus Estados. En su caso el Tribunal administrativo búlgaro expuso su opinión sobre cuál sería la solución que, aplicando el principio de proporcionalidad, constituiría un equilibrio adecuado entre los distintos intereses legítimos en conflicto, la identidad búlgara y los derechos de la niña. Esta era la de señalar en la casilla para la “madre” el nombre de una de las dos madres que se mencionan en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades, sin cumplimentar la casilla para el “padre”⁵⁴. Toda vez que el TJUE no ha concretado la forma de la inscripción de las niñas, en el documento de identidad de la menor figurará la madre búlgara y la polaca, y no la británica y la irlandesa. Pero es más, el Tribunal polaco sí que pensó que el Tribunal le podría imponer realizar una inscripción en su registro justo con los mismos datos de la inscripción española cuando señaló que, a su juicio, el cumplimiento del Derecho europeo⁵⁵ podría provocar que el TJUE ordenase a las autoridades polacas que transcribieran literalmente esa certificación de nacimiento, con las dos madres, lo que permitiría a continuación expedir un documento de identidad que garantizaría que el menor afectado pudiese atravesar las fronteras interiores de la Unión, y protegería su vida privada y familiar⁵⁶. Dada esta posición previa del tribunal y la de las autoridades polacas, a buen seguro el documento de identidad polaca no tendrá los mismos datos que la certificación española.

4. Primera reacción doctrinal: ¿la única solución posible?

25. Brevemente citaremos algunas de las posiciones que la doctrina europea ha manifestado sobre la resolución tras su publicación. Las mismas podemos resumirlas básicamente en cuatro posiciones: quienes creen que el

⁵³ Este es uno de los motivos por lo que coincidimos con la doctrina que ha señalado que la resolución no reconoce un mismo estatuto personal en toda la Unión Europea, y con ello la filiación homoparental en todos los países de la Unión. El segundo motivo lo destacaremos posteriormente y se produce cuando se señala que este reconocimiento se hace únicamente para el cumplimiento de la libertad de circulación y residencia, y sin reconocer ningún otro derecho de filiación.

⁵⁴ Ap. 30 de la sentencia.

⁵⁵ Nada más y nada menos que lo dispuesto en los artículos 20 TFUE, ap. 2, letra a), y 21 TFUE, ap. 1, en relación con los arts. 7, 21, ap. 1, y 24, ap. 2, de la Carta.

⁵⁶ Ap. 24 del Auto.

conflicto planteado ante el Tribunal fue especialmente confuso y sin contornos claros como para poder delimitar su alcance posterior; quien manifiestan que el Tribunal hizo exactamente lo que debía hacer y que esta era la única solución posible; quienes opinan que hizo lo que procedía en el momento actual de la relación de los derechos de los Estados pero que podría haber hecho algo más; y por último quienes son críticos con la resolución y opinan que el Tribunal debió reconocer el estatuto personal de las madres con sus hijas en Bulgaria y Polonia en toda su extensión.

26. En una primera posición previa a la sentencia, *Groot*⁵⁷ opinó que el supuesto tiene muchos temas contradictorios, sin que quede claro lo que está en juego, todo ello motivado por el debate previo en el que sí entró la AG, el de la aceptación de la nacionalidad búlgara de la menor. Para él, este hecho provoca que estemos ante un tema administrativo. Defiende que, una vez efectuado este reconocimiento, el problema se limitaría a una cuestión registral documental y por ello de ámbito administrativo, posición con la que mostró acuerdo el Profesor Álvarez⁵⁸. Para el autor el caso no tiene nada que ver con la determinación de la filiación, sino únicamente con el reconocimiento de la filiación debidamente establecida en un EM, al que se aplican normas diferentes⁵⁹. Sin embargo, en su posición final también le podemos situar entre los autores que opinan que el TJUE debía haber obligado a los dos Estados de forma expresa a reconocer a las dos mujeres como madres. Coincidimos con esta última posición tal y como expondremos con más detenimiento en el epígrafe V, y no con la que limita el debate a un tema administrativo, ya que consideramos que los asuntos analizados y los derechos en juego entran de lleno en el ejercicio de derechos europeos y exceden dicho ámbito administrativo.

27. En la segunda posición, la de aquellos autores que defienden la resolución porque el TJUE hizo lo que debía, Meeusen⁶⁰ opina que esta era la única solución posible. Califica la sentencia de equilibrada y bien fundada, en la que se destaca el reconocimiento funcional, y por lo tanto cauteloso, de la relación de filiación y la interpretación amplia del concepto de “descendencia directa”. Con ello el Tribunal asegura tanto la efectividad de los derechos de los ciudadanos de la

⁵⁷ Vid. D. Groot, “EU and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V.M.A. v Stolichna Obsthina” (*Special Report, enero 2021*), pp. 8–9; *cadmus.eui.eu*; [file:///C:/Users/usuario/Downloads/RSCAS_GLOBALCIT_SR_2021_1.pdf].

⁵⁸ Vid. S. Álvarez González. “La Justicia europea no reconoce...”, *loc. cit.* p. 12.

⁵⁹ Afirmó que una cuestión que para él puede ser de conveniencia administrativa, como las columnas específicas de género en un certificado de nacimiento, no pueden justificar tal violación de la legislación de la UE y los derechos humanos.

⁶⁰ Vid. J. Meeusen, “Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens —Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment”, *eapil.org*, post de 3 febrero 2022 [<https://eapil.org/2022/02/03/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeu-pancharevo-judgment/>].

Unión, incluida la protección de los derechos fundamentales, como el respeto a la competencia e identidad nacional de los Estados miembros⁶¹. Sin embargo, sí que desliza una duda, cuando se trata de conjugar este reconocimiento funcional con el ejercicio de los derechos de la Unión de esas niñas. El Tribunal, que usó una redacción similar en *Coman*, no da más detalles sobre este ejercicio y, por lo tanto, queda la pregunta de hasta qué punto este enfoque funcional antes mencionado seguirá siendo sostenible en el futuro⁶². Nosotros no creemos que la sentencia sea tan equilibrada ni que esté tan bien fundamentada. Estimamos que el enfoque funcional es de corto alcance, de limitado y asistemático cumplimiento del Derecho europeo y que no responde a la incompatibilidad de las prescripciones del derecho de los dos EEMM con ciertos derechos reconocidos por la Unión. Volveremos a ello en el epígrafe V.

28. La tercera de las posiciones es la de los autores que defienden que el Tribunal hizo lo que procedía en el momento actual, pero que pudo hacer más. El Profesor Álvarez González señala que el tribunal ha resuelto en la actualidad según el estado actual del Derecho de familia de los Estados miembros, y que, si bien pudo ir algo más allá, su fallo fue claro e hizo expresamente lo que quiso hacer. Fue hasta donde consideró pertinente, aunque en su opinión quizás no hasta donde podría haber ido⁶³. Destaca que el fallo deja incertidumbres derivadas del uso que hace de los derechos fundamentales, y también afirma que el Tribunal, según el estado actual del debate, también podría haber decidido que los EEMM debían reconocer la homoparentalidad a todos los efectos jurídicos, ya que esta sería la única posibilidad de poder tener una vida familiar e intimidad normal, y dicho reconocimiento debería aplicarse en toda la Unión por su autoridad como órgano decisor⁶⁴. Nosotros coincidimos con esta última posición del Profesor Álvarez González, si bien creemos que aún en el estado actual del derecho de los EE MM el tribunal pudo y debió llegar algo más lejos en el reconocimiento a la homoparentalidad

⁶¹ Que busca garantizar que los ciudadanos de la Unión afectados puedan ejercer sus derechos de libre movimiento sin exigir a Bulgaria que reconozca la paternidad entre personas del mismo sexo para propósitos más amplios, y mucho menos que la incorpore a su legislación, o que emita un certificado de nacimiento a tal efecto. Sin embargo, y a futuro, destaca que primero con *Coman* y ahora con *Pancharevo* el TJUE ha emprendido un camino progresivo, de apertura a la diversidad y nuevas formas de familia, en beneficio de los ciudadanos móviles de la Unión.

⁶² Finalmente destaca que *Pancharevo* indudablemente estimulará el debate entre los estudiosos de los conflictos sobre el significado preciso del llamado “método de reconocimiento” como método alternativo de elección de la ley. Como también fue el caso con *Coman*, la Corte en *Pancharevo* interpreta la ley de la UE, pero su sentencia impacta profundamente el reconocimiento del estatus personal desde la perspectiva del conflicto de leyes también.

⁶³ Vid. S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce...”, *loc. cit.*, p. 10.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 13.

29. También destaca Trifonidu⁶⁵ que estamos ante un primer paso muy elogiado hacia el pleno reconocimiento de las familias arcoíris en Europa. Es una primera etapa exigir el reconocimiento mutuo a las actas de nacimiento emitidas por los EEMM de la UE, incluso cuando identifiquen a dos personas del mismo sexo como padres de un niño. Esto envía un fuerte mensaje a los 27 de que las familias arcoíris no pueden ser separadas bajo ninguna circunstancia cuando cruzan una frontera de la UE. La sentencia también dejó claro que el no reconocimiento de la relación madres–hijas en situaciones que implican el ejercicio de los derechos de libre circulación de la UE puede constituir una violación de los derechos fundamentales protegidos por la Carta y la Convención de los Derechos del Niño⁶⁶.

30. Por último, en una posición muy crítica, N. Rousinova⁶⁷ cuestiona que en la resolución la filiación es de alguna manera técnicamente reconocida a los efectos de la nacionalidad por la existencia de legislación nacional e internacional armonizada y, sin embargo, esta misma filiación no se reconoce a los efectos de establecer una relación legal madres–hijas en los ordenamientos jurídico búlgaro y Polaco⁶⁸. Opina con gran claridad que la negativa a inscribir a ambas madres seguramente violaría el derecho al respeto a la vida familiar no solo de ambas madres, sino principalmente de las hijas, en una solución en la que el TJUE se inclina por una interpretación estricta de la excepción de orden público en materia de conflicto de leyes⁶⁹. En el epígrafe V del trabajo expondremos nuestra posición, también crítica con las resoluciones y con lo que suponen respecto al disfrute del ejercicio de Derechos europeos por las madres y sus hijas, en una posición muy cercana a la de N. Rousinova.

⁶⁵ Vid. A. Tryfonidou, “The Cross-Border Recognition of the Parent–Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling”, en *eurolawblog.eu*, entrada de 21 de diciembre de 2021; [<https://eurolawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjs-v-m-a-ruling/>].

⁶⁶ Tras esto destaca que el fallo no aclara la situación de las familias “arcoíris” que no entran dentro del ámbito de aplicación del derecho europeo, como cuando el certificado de nacimiento fue emitido por un tercer Estado o que no aclare para qué fines exactamente deben reconocerse los vínculos familiares entre los miembros de las familias arcoíris que ejercen el derecho de libre circulación.

⁶⁷ Vid. N. Rousinova, “Recognition and Registration of Same-sex Parentage Established Abroad as Mission Impossible for the Bulgarian Authorities”, en *eapil.org. blog*, entrada de 14 de abril de 2021 [<https://eapil.org/2021/04/14/recognition-and-registration-of-same-sex-parentage-established-abroad-as-mission-impossible-for-the-bulgarian-authorities/>].

⁶⁸ Lo que plantea la pregunta de dónde radica el problema principal si en un conflicto de leyes o en una pura formalidad administrativa.

⁶⁹ Y critica la falta de explicación fundada de dicha aplicación “Si la excepción de orden público va a ser aplicada por la autoridad administrativa o judicial en casos como el C-490/20, entonces se debe proporcionar una argumentación específica. Según mi leal saber y entender, dicha argumentación aún no se proporciona en ninguna jurisprudencia búlgara, ni existe en ninguna dirección práctica u ordenanza que los funcionarios del registro civil puedan usar como referencia”.

IV. CONTRADICCIONES ENTRE EL ARGUMENTO DE LAS RESOLUCIONES Y LOS FALLOS

31. Como comentamos anteriormente, para nosotros las preguntas claves de las obligaciones que impone el fallo del TJUE son: ¿es posible disociar las dos obligaciones de los Estados? ¿Se pueden separar ambas obligaciones sin más? ¿Cómo? ¿Los datos de los documentos pueden ser diferentes? ¿Cómo conjugamos con la libertad de circulación y los derechos de la menor que los datos del documento de identidad del país de su nacionalidad sean diferentes a los datos del documento de inscripción del nacimiento del país de acogida? A nuestro juicio no es posible separar ambas obligaciones, y como señalaremos en el epígrafe V esta separación provocará el incumplimiento de derechos europeos. Antes, para descubrir las claves de por qué lo creemos, debemos centrarnos en analizar con cierto detenimiento las evidentes contradicciones que existen en las resoluciones entre su texto, cuando se exponen los derechos en juego y la posición de fondo del Tribunal, y su fallo, cuando acude a esa visión funcional que alega acertadamente la doctrina y abandona y altera su propia argumentación del texto de la resolución.

1. La obligación de documentar

32. Esta obligación se impone en ejecución del marco legislativo del Derecho europeo que ya hemos expuesto y que garantiza la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos como derecho esencial de la ciudadanía de la Unión⁷⁰. En concreto en la Directiva 2004/38 que exige a los EEMM emitir documentos de identidad o nacionalidad a sus nacionales⁷¹ y en el Reglamento 2016/1191 que exige reconocer los documentos públicos de otro EM sobre identidad y filiación, aunque no les obliga a emitir documentos que no prevea su legislación, ni a reconocer los efectos jurídicos del contenido de los documentos de otro Estado. Para llegar a esta obligación, en el texto se afirma que la conclusión de la aplicación de este marco es que las autoridades deben expedir un documento de identidad que refleje la nacionalidad de las dos niñas emitiendo

⁷⁰ Sobre la relación entre la ciudadanía de la Unión y el derecho de familia, asunto nuclear del presente supuesto, y la necesidad de cambiar el enfoque que hasta ahora ha tenido el TJUE, *vid.* A. Ortega Giménez y L. Heredia Sánchez, “La ciudadanía europea y el ejercicio del derecho de reagrupación familiar vinculado a ella. Notas de la jurisprudencia del TJUE a estas dos cuestiones” en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *El Tribunal de Justicia...*, *op. cit.*, pp. 597–630, esp. p. 606.

⁷¹ Tal y como hemos visto el Tribunal, aunque pudo hacerlo, nunca puso en duda que estábamos ante una niña búlgara y otra polaca.

o no anteriormente certificado de nacimiento⁷². Queremos destacar que, aunque no lo cita expresamente la resolución, en la imposición de esta obligación hay ya una resolución de un conflicto de orden público entre el derecho interno de los Estados y el de la Unión, toda vez que la normativa interna exige, para otorgar la documentación de identidad como nacional suya, que antes se emita el certificado de nacimiento. El Tribunal estima que en dicho supuesto la identidad nacional búlgara y polaca no justifican la no aplicación del derecho europeo y el derecho nacional debe ceder y emitir un documento de identidad aún sin emitir antes un certificado de nacimiento tal y como obliga el derecho nacional⁷³.

33. En el texto de la resolución se señala con claridad que dichos documentos búlgaro y polaco deben tener la nacionalidad y el mismo apellido que el documento español⁷⁴. Ambas resoluciones destacan que el art. 21 TJUE se opone a que las autoridades del Estado de nacionalidad denieguen el reconocimiento del apellido de una niña tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que la niña nació y reside desde entonces. Así pues, los apellidos deben coincidir con los de la inscripción española. La sentencia lo recoge una y otra vez en singular, el apellido, quizás hilando fino y voluntariamente, y refiriéndose solo de la madre nacional de su país en aplicación de su ley nacional, o quizás por descuido o problema de traducción, aunque en las demás versiones también figura en singular. Pero lo cierto es que el documento español reconoce a las niñas con dos apellidos, los de las dos madres (la niña se llama SDKA), y la resolución solo cita el apellido en singular⁷⁵. Si el documento nacional debe reconocer “el apellido” y la inscripción española tiene “dos apellidos”, el TJUE está permitiendo que ambos documentos tengan datos diferentes.

34. Según el Tribunal, ese documento nacional o en combinación con otro, le debe permitir a las menores a circular y residir libremente en todo el territorio europeo tal y como lo hace el documento español, y, por lo tanto, “con cada una de

⁷² Ap. 44 de la sentencia y 38 del auto.

⁷³ Volveremos sobre la aplicación del orden público al presente supuesto en el epígrafe V.5, pero al respecto se puede apreciar una interesante reflexión sobre los valores y el orden público en R. Arenas García, “Tiempo y valores esenciales en el ordenamiento en DIPr”, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 145–163, p. 158.

⁷⁴ Ap. 44 de la sentencia y el 38 del auto.

⁷⁵ Aunque por motivos de privacidad no aparecen los nombres completos en el procedimiento, la madre búlgara se llama VMA, la madre británica KDK, y la niña se llama SDKA. Parece que no hay otra lógica que K sea su apellido por su madre británica (el primero, por cierto), y A el de la madre búlgara. Al no tener la niña nacionalidad reconocida en el momento de la emisión de la certificación del nacimiento el encargado del registro aplicó su ley interna en aplicación del art. 5.1º Convenio nº 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich el 5 septiembre 1980, BOE 19.12.1989. Y aplicando su propio derecho inscribió a la menor con dos apellidos. Volveremos sobre este hecho en el epígrafe V.2, cuando analicemos los incumplimientos de la resolución del Derecho europeo.

sus progenitoras como tales”⁷⁶. La Sentencia reitera expresamente en un segundo lugar de su argumentación que todos los EEMM deben reconocer a las dos mujeres como “progenitoras de las niñas” en el ejercicio de su libertad de circulación⁷⁷. Y habla expresamente de madre y de progenitora, sin que en ningún caso estos términos nos puedan llevar a confusión o a engaño. Las dos mujeres son madres y progenitoras de las menores. Y esto lo establece así porque para el Tribunal esta es la única forma con la que las tres pueden disfrutar de la vida familiar en el EM que ya se la ha reconocido y en el de su nacionalidad.

35. Tras esto, las resoluciones afirman que a pesar de este reconocimiento de las madres como progenitoras el Estado de su nacionalidad no debe reconocer tal vínculo con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión le confiere a las menores, esto es, a circular y residir, por lo que no se le reconoce el vínculo de filiación con otros efectos⁷⁸. Y aún con esta afirmación en el texto de la sentencia, que analizaremos posteriormente, no se justifica la contradicción entre este texto y el fallo. Porque la primera obligación del fallo, a pesar de que el texto señale que se deba inscribir a la menor en la misma condición de la ya reconocida en España y con las dos madres como progenitoras, se materializa en que únicamente se le debe “expedir un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento” sin citar en ningún momento del fallo que el mismo deba tener a las dos mujeres en dicho documento. Así las cosas, esta contradicción es la que permitirá que las autoridades búlgaras y polacas otorguen a las niñas documentación que acredite su nacionalidad, pero a buen seguro en las mismas cumplirán expresamente su derecho y solo tendrán una madre, la búlgara o polaca, y un solo apellido, el de estas. En este caso no se ha ordenado no aplicar el derecho búlgaro o polaco, como sí hacen las resoluciones cuando obligan a emitir una documentación nacional sin inscribir el nacimiento. Por ello las niñas tendrán un documento de identidad con datos diferentes a los contenidos en la certificación de nacimiento española y por lo tanto incumpliendo lo que la propia sentencia prescribe en su texto.

2. La obligación de reconocer el documento del Estado de residencia

36. Sobre la contradicción en la segunda obligación del fallo, quizás con la finalidad de no violentar el orden público del EM o de respetar los distintos ámbitos competenciales de forma especialmente escrupulosa⁷⁹, el TJUE se pronuncia en el texto de la Sentencia sobre el respeto de la condición filial de la

⁷⁶ Ap. 46 de la sentencia y 40 del auto.

⁷⁷ Ap. 48 de la sentencia y 42 del auto.

⁷⁸ Ap. 57 de la sentencia y 45 del auto.

⁷⁹ Vemos aquí el reconocimiento funcional, y por lo tanto cauteloso, de la relación de filiación y la interpretación amplia del concepto de descendencia directa del que hablaba Meeusen y que hemos recogido en el epígrafe III.4.

menor respecto a sus dos madres, pero lo evita expresamente (casi podríamos decir que descaradamente) en la segunda obligación del fallo. Como citamos en el epígrafe anterior, al que nos remitimos, en el texto el Tribunal nos señala en todo momento que los Estados miembros deben respetar a las dos madres como tales, pero posteriormente, en el fallo, obvia expresamente este reconocimiento. La sentencia deja señalado algo bien claro, no se modifica el Derecho búlgaro en su propia y libre regulación de la familia, matrimonio, filiación, o nacionalidad⁸⁰. Quizás por ello en el texto solo cita el reconocimiento del apellido en singular. Una vez que en el texto ha reconocido la condición de madre de ambas mujeres, en el fallo le obliga a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con “cada una de esas dos personas” su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Las dos “madres” y “progenitoras” de la argumentación se han convertido en “dos personas” en el fallo. Y podemos decir que dos personas podrían ser hipotéticamente cualquier persona, aunque no tuviesen con las niñas una relación de filiación⁸¹.

37. Como ya hemos señalado anteriormente, al separar en el fallo la emisión del documento nacional del reconocimiento del documento español⁸², y obligar a reconocer el documento español solo a los efectos de la libertad de circulación, en la práctica, el TJUE no admite el reconocimiento de una misma identidad en toda la Unión. Y para dicha falta de reconocimiento el Tribunal incurre en una flagrante contradicción entre su argumentación lo largo de la resolución y su fallo, contradicción que creemos que se da porque intenta hacer un imposible equilibrio y tener un excesivo cuidado a su actual regulación de derecho de familia de Bulgaria y Polonia. Para nosotros el resultado final provoca que el

⁸⁰ Tal y como hemos señalado que también recogía en *Coman*.

⁸¹ Si el documento nacional búlgaro o polaco tuviesen los mismos datos del documento español no sería necesario diferenciar entre las dos obligaciones, y “esas dos personas” sí serían sus dos madres. Como hemos expuesto a lo largo del trabajo este fallo puede permitir a Bulgaria y a Polonia a emitir documentos que no tengan los mismos datos que el documento español que deben reconocer. Y recordemos que tal y como ha denunciado el Parlamento Europeo, Rumanía aún no ha reconocido el Derecho de *Coman* a circular junto a Hamilton por su país. La Sentencia parece seguir con ello las conclusiones de la AG, que en el ap. 108 propugnó que las mujeres fuesen consideradas cónyuges entre sí y “ascendientes directos” pero no expresamente las madres de la menor. La menor sería familiar y “descendiente directa” de las dos madres, pero no expresamente su “hija”. Destacando que el escrito de conclusiones de la AG nos parece especialmente fundamentado, en este extremo no logramos llegar a entender cómo se puede dar efectivamente esta consideración, que la menor sea descendiente directa pero no hija. Para nosotros es una ficción que no respetaría el ejercicio de los derechos europeos analizados en el epígrafe V.

⁸² El reconocimiento de resoluciones y de documentos públicos es un elemento esencial del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, y como hemos visto el Reglamento 2016/1191 busca facilitarlo en el supuesto de documentos públicos. Sobre el reconocimiento en el Reglamento nuclear del derecho internacional europeo en materia civil y mercantil, *vid.* L.A. Pérez Martín y A.L. Mariscal González, “Lo cortés no quita lo valiente: el TJUE y la libre circulación de decisiones en el reglamento de Bruselas I-Bis”, en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *El Tribunal de Justicia ...*, *op. cit.*, pp. 189–216.

fallo pueda provocar en el futuro la vulneración del ejercicio de los derechos europeos y de su propia doctrina tal y como pasamos a detallar en el epígrafe final de nuestro trabajo.

V. UN PASO ATRÁS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EUROPEOS

38. Las contradicciones entre el texto y el fallo, las dudas que dejan las resoluciones y sus efectos futuros nos provocan una visión crítica de la posición del TJUE. Coincidimos en que el fallo ampara la libertad de circulación de las parejas homoparentales con los hijos de ambos padres en toda la Unión si son reconocidos en uno de los EEMM, y ese ya es un paso adelante de interés y consideración. Y también creemos que los textos de las resoluciones son claramente elogiables, recogiendo cómo deberían haberse reconocido los derechos de las madres y sus hijas. Sin embargo, los fallos son claramente decepcionantes. El hecho de que el Tribunal haya separado ambas obligaciones y que el documento de identidad de las menores pueda ser diferente a la certificación de nacimiento del país de residencia que debe ser reconocido provocan para nosotros un paso atrás en el ejercicio por las madres y las hijas de hasta cuatro derechos europeos.

39. Plantearemos de nuevo algunas preguntas para intentar darles respuestas cuando analicemos la vulneración de estos derechos. ¿Qué significa que el documento emitido por Bulgaria y Polonia pueda ser diferente al español? ¿Eso no dificultaría la libertad de circulación? ¿La consideración de cónyuge o de hija solo para la libertad de circulación y no para la posterior vida en familia en los países de los que son nacionales las niñas y una de sus madres es posible? ¿Cómo se disocian el resto de las relaciones jurídicas entre las niñas y sus dos madres una vez que vivan en Bulgaria y en Polonia? El no reconocimiento del mismo estatuto personal en toda la Unión y por ello la imposibilidad de disfrutar el resto de derechos del matrimonio homosexual en Bulgaria y Polonia del que ya disfrutaban en España busca respetar exquisitamente la identidad nacional búlgara y polaca, pero ¿puede interpretarse como una discriminación por razón de identidad sexual prohibida por el art. 21 Carta DDFUE y art 14 CEDH? ¿La imposibilidad de disfrutar del resto de derechos de la menor como hija de sus dos madres no iría también en contra de su interés superior y sería una discriminación respecto al resto de hijas búlgaras de parejas heterosexuales?

40. A nuestro juicio estos fallos afectan, limitan o perjudican el disfrute del ejercicio del derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a tener los mismos apellidos en toda la Unión, la protección del interés superior de las menores y el ejercicio de la intimidad familiar. Desde luego, puede existir el contrargumento para quien defienda el contenido de las resoluciones, que

planteamos desde ahora como recurso dialéctico para tenerlo presente a lo largo de nuestra exposición. 1. La admisión de las niñas como hijas de las dos mujeres en Bulgaria y Polonia supondría una discriminación de las demás parejas homosexuales búlgaras o polacas que quisiesen tener un hijo o hija juntas. 2. Esta admisión puede violentar de forma expresa y grave el orden público búlgaro y polaco. 3. La consideración de la niña como hija de las dos mujeres en el documento búlgaro provocaría y haría que el TJUE se excediese en su papel de aplicar únicamente el Derecho de la Unión y estaría modificando de facto el derecho de nacionalidad búlgaro y polaco, competencia que no le otorgan los Tratados. Analicemos cómo afecta la resolución a nuestro juicio a los cuatro derechos.

1. La libertad de circulación y residencia

41. Los ciudadanos europeos tienen derecho a la libertad de circulación y residencia en toda la Unión sin que el derecho interno de los Estados la puedan limitar. El TJUE ha desarrollado una labor interpretativa para establecer los contornos de este derecho que tiene como mayores exponentes las resoluciones aquí analizadas *García Avello*, *Grunkin–Paul*, o *Coman*, por lo que no las exponemos de nuevo. Esta libertad ha de ser respetada en todos los ámbitos del Derecho⁸³ en la intención de garantizar el estatuto de ciudadanía europea⁸⁴. Y aunque hay que tener presente que el Derecho de la Unión no regula las normas relativas al establecimiento del estado civil de una persona y de su filiación, competencia exclusiva de los EEMM⁸⁵, las medidas nacionales introducidas por estos en este ámbito no pueden obstaculizar el ejercicio de los derechos y libertades garantizados en los Tratados. Por último, en todo caso, al hacer uso de sus competencias exclusivas, los EEMM deben respetar el Derecho de la Unión⁸⁶. La causa de limitación solo puede estar justificada en el orden público

⁸³ Al respecto de la libertad de circulación en la sustracción internacional de menores, *vid.* M. C. Chéliz Inglés, “Restricción a la libre circulación de ciudadanos de la UE, en el contexto de la sustracción internacional de menores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 noviembre 2020, Asunto C–454/19)”, *Ley: Unión Europea*, n° 88, enero 2021, pp. 111–121.

⁸⁴ En el ap. 22 de la sentencia del caso *García Avello* se señala que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”.

⁸⁵ *Vid.* STJCE 7 julio 1992, asunto C–369/90, *Micheletti y otros*, EU:C:1992:295; STJUE 2 marzo 2010, asunto C–135/08, *Rottmann*, EU:C:2010:104; STJUE de 12 marzo 2019, C–221/17, *Tjebbes y otros*, EU:C:2019:189.

⁸⁶ *Vid.* STJUE 14 octubre 2008, C–353/06, *Grunkin y Paul*, EU:C:2008:559; STJUE 2 junio 2016, asunto C–438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, EU:C:2016:401; STJUE de 5 junio 2018, asunto C–673/16, *Coman–Hamilton*, EU:C:2018:385.

nacional, no puede ser un obstáculo real y no puede suponer una discriminación por razón de nacionalidad⁸⁷.

42. Con este marco legal y obligacional para los Estados, si el documento de identidad búlgaro o polaco no reconocen a las dos mujeres como madres, se estaría limitando o al menos dificultando la libertad de residencia y circulación de una ciudadana de la Unión en el país de su nacionalidad en la misma condición ya adquirida en su país de residencia. El documento español deberá ser reconocido para que esa ciudadana pueda circular en el país de su nacionalidad, y debería permitírsele no con “esas dos personas”, sino con sus “dos madres”, mientras que en su documento de identidad solo figurará una madre. Este marco nos da un panorama del ejercicio de la libertad de circulación con dos velocidades. Los dieciséis EEMM que sí reconocen el matrimonio y la filiación homoparental⁸⁸ serán países A, en los que estas niñas serán reconocidas en el ejercicio de sus mismos derechos de los que disfrutaban en el país de residencia con sus dos madres. Sin embargo, en su propio país y en los que no admiten la filiación homoparental habrá una libertad de circulación y residencia tipo B, ya que la menor solo podrá ejercerla en ellos con dos personas, de las que solo una está reconocida como madre. El ejercicio de la libertad de circulación variaría de un Estado miembro a otro, por mor de sus diferentes legislaciones internas, incumpliendo que el estatuto de ciudadano de la Unión logre su vocación de convertirse en el estatuto fundamental y único de los ciudadanos europeos⁸⁹ y esto nos daría como resultado el ejercicio de una libertad de circulación desigual en los distintos EEMM prohibida por la propia doctrina del TJUE.

2. Derecho a unos mismos apellidos

43. Ya hemos señalado que la doctrina García Avello y Grunkin–Paul queda incumplida con este fallo. La menor SDKA tendrá unos apellidos reconocidos en España en su certificado de nacimiento que además deberán ser reconocido por todos los EEMM para el ejercicio de la libertad de circulación “con esas dos personas” que son sus madres. También deberá ser reconocido a tal fin por el EM de su nacionalidad. Sin embargo, en su documento de identidad búlgaro o polaco

⁸⁷ Vid. A. Durán Ayago, “El TJUE y el nombre de las personas físicas...”, *loc. cit.*, p. 542.

⁸⁸ Véase al respecto la nota 36 de las Conclusiones de la AG. Hay trece países de la Unión Europea que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo de manera igualitaria: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, y Suecia. A su vez, hay otros trece países europeos reconocen legalmente alguna forma de unión civil, a saber, Andorra, Croacia, Chipre, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, República Checa y San Marino. Eslovaquia y Polonia reconocen la convivencia privada y consentida de dos personas del mismo sexo con derechos limitados. Por último, no admiten en su ordenamiento jurídico las uniones entre personas del mismo sexo, Bulgaria, Letonia, Lituania y Rumania.

⁸⁹ Aps. 41 sentencia y 35 del auto.

las niñas tendrán otro apellido. En el caso búlgaro tendrá un único apellido, A, el de la madre búlgara, que será diferente al primer apellido del documento español, K, el de la madre británica. En el documento búlgaro el apellido de la madre británica desaparecerá. En el caso polaco el primer apellido del documento español sí será el mismo que su apellido del documento polaco. La niña se llama SRS-D en España, siendo la S el apellido de la madre polaca y D el de la madre irlandesa. En el documento polaco el apellido de la madre irlandesa desaparecerá. Creemos que con esta descripción de la realidad que vivirán las niñas no hacen falta más explicaciones sobre la vulneración de estas resoluciones de la propia doctrina del TJUE sobre el uso de los mismos apellidos en toda la UE.

3. *El interés superior de las menores*

44. El interés superior de las menores debe ser la consideración primordial en todos los actos relativos a ellos llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, según lo establecido por el art. 24.2⁹⁰ de la Carta. Desde luego que es un concepto indeterminado que ha provocado un buen número de estudios doctrinales⁹¹. Sin embargo, no creemos que haya discusión en considerar que el interés superior de las menores es el de que sean reconocidas en toda la UE como hijas de las dos madres reconocidas como tales en el Estado miembro en el que residen. Pues bien, como hemos visto, esto no ocurrirá así tras las resoluciones del TJUE. En todos los EEMM que reconocen el matrimonio homoparental las hijas tendrán dos madres. En el EM de su nacionalidad y en los que no lo reconocen tendrá solo una, y la otra madre reconocida en España y en quince países, será en estos Estados “otra persona”, sin que las resoluciones del TJUE hayan aclarado con qué relación.

45. Esta es la única conclusión que se puede obtener cuando el Tribunal recoge expresamente que a pesar del reconocimiento de las madres como progenitoras el Estado de su nacionalidad a los efectos del ejercicio de la libertad de circulación no debe reconocerse tal vínculo con otros efectos. Si solo se reconoce el valor del certificado de filiación español para el ejercicio de la libertad de circulación y de la vida en familia y no para el reconocimiento del estatuto personal se estará dificultando el ejercicio del resto de derechos derivados de la

⁹⁰ Vid. A. Mangas Martín, “Comentario al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, en A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 452–453.

⁹¹ Por todos, vid. C. M. Caamiña Domínguez, “Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado”, en M. Yzquierdo Tolsasa y M. Ceunta Casas, *Tratado de Derecho de familia*, vol. I, Aranzadi–Thomson Reuters, 2011, pp. 606–651; A. Fernández Pérez, “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, n° 151, 2018, pp. 107–134; A. Merchán Murillo, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 635–644.

filiación de quienes en un EM ya conforman la unidad familiar, dos madres y una hija. Las mujeres no podrían disfrutar del matrimonio con su actual esposa en su calidad de madre de la menor. No podrán ejercer sus derechos de familia. Se pondrán en duda sus obligaciones y derechos como madres y la menor no tendrá los derechos sucesorios como hija de las madres británica e irlandesa que ya disfrutaban en España. Pongámonos en un supuesto que podría ocurrir: ¿y si residiendo en Bulgaria o Polonia muere la madre búlgara o polaca? ¿Qué relación subsiste entre las niñas y sus madres británica e irlandesa, esas “otras personas” para el fallo? ¿Dónde quedaría el interés superior de estas menores en tal caso? Por todo ello estimamos que Bulgaria y Polonia deberían estar obligadas a emitir un certificado de nacimiento de la menor que reconozca la relación familiar entre las dos madres y las hijas, ya existente y reconocida en España, a todos los efectos, a lo que no obligan las dos resoluciones analizadas.

4. La intimidad familiar

46. Las dos mujeres y su hija tienen derecho a disfrutar de su intimidad familiar por lo dispuesto en el art. 7 de la Carta. Este protege todas las relaciones familiares, sin tener en cuenta la calificación jurídica de las mismas. La Carta, en combinación con la Directiva 2004/38 y del Reglamento n.º 492/2011⁹² y el art. 24 de la Carta exigen a Bulgaria y Polonia ser las garantes de la protección de este interés. Y a nuestro juicio, el interés superior de las menores exige mantener la intimidad familiar en el país de su nacionalidad en la misma condición jurídica familiar de la que disfrutaban en España, y este hecho no se produce con los fallos de las resoluciones analizadas. Aunque las tres mujeres puedan vivir juntas en Bulgaria o Polonia, el hecho de que la mujer británica o irlandesa no sean consideradas madres de las niñas limita y altera de forma significativa el disfrute de su intimidad familiar y el de los derechos existentes entre las tres personas derivados de ellas. Esta situación impediría a las ciudadanas búlgara y polaca continuar en su país la vida familiar que llevan en España. Concretamente, deben asumir solas todas las tareas parentales que requieran acreditación de la condición de madre, ya sea matrícula escolar, decisiones médicas o cualquier tipo de proceso administrativo que deban hacer con las niñas, ya que sus esposas quedarían excluidas de su condición de madre.

47. Por otro lado se debe valorar, desde esta perspectiva, que las madres británica e irlandesa, que también han adquirido legalmente la condición de madre en España y, por tanto, el derecho de custodia de las menores, podrían oponerse al traslado de las niñas a Bulgaria o a Polonia, toda vez que en dichos EEMM no tendrían derechos sobre las menores respecto a la madre búlgara o

⁹² Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, DO L 141 de 27 mayo 2011 p.1/12.

polaca. Este conflicto también puede disuadir a las ciudadanas europeas de regresar al EM de su nacionalidad. No estamos proponiendo que se admita la filiación homoparental en Bulgaria o Polonia, lo que es competencia de dicho Estado miembro, sino que se reconozca los efectos jurídicos de un caso concreto de filiación homoparental ya reconocido en otro EM, a los efectos de respetar el disfrute de esta intimidad familiar y el resto de los derechos europeos citados⁹³. A nuestro juicio este reconocimiento es compatible con el orden público búlgaro y polaco, sobre lo que reflexionamos justo a continuación.

5. Orden público, identidad nacional y las familias homoparentales

48. Defendemos la posición de que el Tribunal debió exigir a Bulgaria y Polonia que en el documento de identidad de las menores figurasen los mismos datos que en el documento español, con las dos madres como tales y los apellidos de las niñas tal y como estaban ya reconocidos en España. Como hemos expuesto, para los dos EEMM, para la AG y quizás para el Tribunal, esta resolución vulneraría el orden público búlgaro y polaco. Sin embargo, nosotros disintimos de esta opinión.

49. Por supuesto, en este análisis partimos de la admisión de que se debe considerar la existencia de una identidad nacional de cada uno de los EEMM que se configura como la expresión de los valores fundamentales que reconoce su sociedad. Cada EM define cuáles son esos valores, que representan los aspectos fundamentales que los definen y los pilares esenciales sobre los que dicha sociedad se asienta. Por otro lado, y desde una vertiente negativa, esta identidad nacional se configura como aquellos valores que no se desea que permeen en la misma, que se introduzcan, que atraviesen y se mimeticen en la sociedad, suponiendo, estos valores no admitidos, una externalidad negativa⁹⁴. De esta manera, el orden público europeo y el orden público estatal se relacionan uno con el otro⁹⁵, y un EM puede invocar la cuestión de orden público como límite y salvaguardia de su identidad nacional cuando la aplicación del Derecho de la Unión entrañe una grave amenaza para un interés esencial para su sociedad⁹⁶.

⁹³ Sobre las dificultades de la unificación del derecho de familia europeo, *vid.* M. Goñi Rodríguez de Almeida, “La unificación del Derecho de Familia europeo: ¿quimera o realidad?”, *Estudios de Deusto*, nº 62, vol. 2, pp. 235–286.

⁹⁴ *Vid.* J. Carrascosa González, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, nº 2065, 2008, pp. 5–32.

⁹⁵ *Vid.* R. González González, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 marzo 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, pp. 593–617.

⁹⁶ *Vid.* A.P. Schweinbach y D. Carrizo Aguado, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *CDT*, vol. 13, 2021, pp. 518–459.

50. Sin embargo, y aun admitiendo estas consideraciones, debemos analizar que en el presente supuesto para el Tribunal no supuso un conflicto de orden público la omisión de la obligación de emitir un certificado de nacimiento para poder documentar a las menores. Este es un trámite procedimental del derecho de los EEMM que como hemos comentado tiene mucha menos incidencia en el disfrute de derechos europeos que el propio reconocimiento de las dos madres como tales. Y el TJUE estimó que en este caso debía ceder la aplicación del derecho nacional frente al derecho europeo. Si reconocer un apellido según la ley nacional o no proceder a la emisión del certificado de nacimiento para otorgar la documentación de la nacionalidad son situaciones que deben ceder ante la aplicación del derecho europeo, mucho más lo debe hacer reconocer en un único supuesto puntual en cada caso a dos madres en su estatus ya reconocido en otro Estado de la Unión. Este reconocimiento afecta de lleno, como hemos señalado justo anteriormente, a la libertad de circulación, al reconocimiento de los apellidos, al interés de las menores y a la intimidad familiar. Y no cambia la regulación de la homoparentalidad en los dos países. Ninguno lo reconocerá en el resto de los casos. Pero para su reconocimiento en uno de ellos, ya vigente en otro EM, ese derecho nacional debe ceder. Por ello consideramos que el interés nacional no puede justificar la falta de ejercicio de estos esenciales derechos europeos por parte de las menores y debe ceder ante el mismo, identificando concretamente a estas menores en los documentos nacionales con sus dos madres con todos los efectos⁹⁷.

VI. CONCLUSIONES QUE MIRAN AL FUTURO

51. El reconocimiento del estatuto personal y de las relaciones familiares en toda la Unión Europea ha dado pasos sucesivos en los que se ha incrementado la trascendencia de los derechos en juego. Desde el reconocimiento de los apellidos y de los matrimonios de personas del mismo sexo, el TJUE ha debido dar el salto al de la filiación homoparental, la nacionalidad y la identidad personal. Los derechos que se intentan ejercer, y se reconocen o no, están íntimamente ligados al disfrute del derecho de ciudadanía de la Unión por los implicados, y por ello el debate jurisprudencial, doctrinal y social gana en profundidad. El TJUE ha optado por una solución intermedia, admitiendo en el texto de las resoluciones *Pancharevo* y *Rzecznik* la existencia de unos derechos de las madres de las niñas

⁹⁷ Y todo ello aún y antes de conocer si llega a buen puerto o no la iniciativa en curso de la Comisión Europea, “Europea Cross-border family situations, recognition of parenthood”, iniciativa legislativa en 2022 basada en el art. 81, ap. 3 TFUE, destinada al reconocimiento mutuo de la paternidad entre los Estados miembros de acuerdo con el lema declarado por la presidenta de la Comisión, von der Leyen, en su ‘Estado de la Unión’ del 16 de septiembre de 2020: “Si eres padre en un país, eres padre en todos los países”. Desde luego es una iniciativa que tendrá muchas dificultades para poder salir adelante pero que en todo caso es valiente y debemos alabar.

búlgara y polaca, pero no queriendo imponer expresamente a los dos EEMM reconocerles esos derechos en su territorio con todas sus consecuencias.

52. Con su resolución final el Tribunal ha tomado una posición funcional, cuidadosa con no importunar excesivamente la sensibilidad de los dos países del este y, a nuestro juicio, de un imposible equilibrio. A día de hoy, dado el estado actual de los derechos de los Estados Miembros de la Unión, el TJUE no exige a los Estados miembros del este el reconocimiento a las madres y sus hijas del mismo estatuto personal del que ya disfrutaban en España, país de su residencia. Y esta posición supone, a nuestro juicio, un claro retroceso en el disfrute de los derechos europeos de las mujeres afectadas ya reconocidos por la normativa comunitaria y por la propia jurisprudencia previa del Tribunal. Estos son los derechos a la libertad de circulación y residencia, el derecho a unos mismos apellidos en toda la Unión, el derecho a la intimidad familiar y la obligación de que las decisiones de las autoridades tengan siempre como referente proteger interés superior de las menores.

53. Mirando al futuro, y en el ámbito de este reconocimiento del estatuto personal, esperamos que el Derecho internacional privado de la Unión Europea dé pasos más decididos para lograr el definitivo reconocimiento en toda la Unión del estatuto familiar consolidado en un EM. En la actualidad, y con la doctrina *Pancharevo* y *Rzeczchnik* ya lo reconoce para el ejercicio del derecho a la libertad de circulación y de residencia en cualquier país de la Unión, quién sabe si en el futuro en más ámbitos del Derecho de familia. En los casos comentados creemos que el Tribunal pudo y debió ir más allá, reconociendo el estatus personal del que disfrutaban madres e hijas en España en toda su extensión. En la actualidad se tramita una iniciativa legislativa de la Comisión Europea que tiene por finalidad que se imponga legislativamente que todos los EM reconozcan la paternidad y la maternidad legalmente admitida en cualquiera de ellos. Aún con las dificultades que se le prevén a dicha iniciativa, quizás sea este el inicio del camino para que el orden público europeo vaya modelando las identidades nacionales hacia el mayor reconocimiento de los derechos ciudadanos en los 27, y que, en el futuro, incluso aunque no cambie el Derecho de familia de los Estados, se imponga el derecho a ser reconocido con el mismo estatus familiar en toda la Unión Europea, aunque reconocemos que esta opinión puede no ser más que escribir en la arena justo antes de que suba la marea.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley: Unión Europea*, nº 56, 2018, pp. 1–6.

- Álvarez González, S.: “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley: Unión Europea* nº 102, abril 2022, Nº 102, pp. 1–18.
- Arenas García, R.: “Tiempo y valores esenciales en el ordenamiento en DIPr”, en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 145–163.
- Arenas García, R.: “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea” en M. V. Cuartero Rubio, J. M. Velasco Retamosa, *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 47–78.
- Campuzano Díaz, L. B.: “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2002: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, As. 393/18 PPU”, *CDT*, vol.11, nº 2, 2019, pp. 462–471.
- Caamiña Domínguez, C. M.: “Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado”, en M. Yzquierdo Tolsasa, M. Ceunta Casas, M., *Tratado de Derecho de familia*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi–Thomson Reuters, 2011, pp. 606–651.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I–Bis” en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 31–58.
- Carrascosa González, J.: “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, nº 2065, 2008, pp. 5–32.
- Cuartero Rubio, M. V y Velasco Retamosa, J.M.: *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Chéliz Inglés, M. C.: “Restricción a la libre circulación de ciudadanos de la UE, en el contexto de la sustracción internacional de menores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 noviembre 2020, Asunto C–454/19)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 88, enero 2021, pp. 111–121.
- Durán Ayago, A.: “El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 515–543.
- Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G., Iglesias Buhigues, J.L.: *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 15ª edición, 2021., p 415.
- Fernández Pérez, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español, (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre 2020, Asunto C–454/19)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, Nº 151, 2018, pp. 107–134.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M.: “La unificación del Derecho de Familia europeo: ¿quimera o realidad?”, *Estudios de Deusto*, nº 62, vol. 2, pp. 235–286.
- Goñi Urriza, N.: “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y en los Estados miembros”, *CDT*, octubre, vol. 13, nº 2, 2021 pp. 233–255.
- González González, R.: “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, pp. 593–617.
- Groot, D. A. J. G.: “EU la and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case o V.M.A. v Stolichna Obsthina” (Special Report, enero 2021), pp. 8–9; trabajo accesible en el

- sitio del European University Institute (cadmus.eui.eu), file:///C:/Users/usuario/Downloads/RSCAS_GLOBALCIT_SR_2021_1.pdf.
- Guzmán Zapater, M. (directora) y otros: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Jiménez Blanco, P.: “Movilidad transfronteriza de personal, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, junio 2018, N° 35, pp. 1 a 49.
- 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.
- Meeusen, J.: “Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Unión Citizens —Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment”, en eapil.org, post de 3 de febrero de 2022, [<https://eapil.org/2022/02/03/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/>].
- Merchán Murillo, A.: “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, marzo, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 635–644.
- Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L.: “La ciudadanía europea y el ejercicio del derecho de reagrupación familiar vinculado a ella. Notas de la jurisprudencia del TJUE a estas dos cuestiones” en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 597–630.
- Ortiz Vidal, M.D.: “El caso Grunkin–Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, n° 1, 2009, pp. 143–151.
- Palao Moreno, G.: “Los Reglamentos europeos en materia de familia: cuestiones abiertas y problemas prácticos” en M. V. Cuartero Rubio, J. M. Velasco Retamosa, *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 23–46.
- Pérez Martín, L. A.: “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C–393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, n° 66, año VII, 2019, pp. 107–120.
- Pérez Martín, L. A., Mariscal González, A.L.: “Lo cortés no quita lo valiente: el TJUE y la libre circulación de decisiones en el reglamento de Bruselas I–Bis” en Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 189–216.
- Requena Casanova, M.: “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, 41–79.
- Rivas Vaño, A.: “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9 1/2019, pp. 136–161.
- Rusivnova, N.: “Recognition and Registration of Same-sex Parentage Established Abroad as Mission Impossible for the Bulgarian Authorities”, en eapil.org, blog, entrada de 14 de abril de 2021 [<https://eapil.org/2021/04/14/recognition-and-registration-of-same-sex-parentage-established-abroad-as-mission-impossible-for-the-bulgarian-authorities/>].
- Schewinbach, A. P., Carrizo Aguado, D.: “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, octubre, 2021, pp. 518–459.

Tryfonidou, A.: “The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling”, en *europeanlawblog.eu*, entrada de 21 de diciembre de 2021; [<https://europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjs-v-m-a-ruling/>].

Notas

Recibido: 5 julio 2022
Aceptado: 18 julio 2022

Análisis comparado de los ADRs disponibles en la UE, México, Argentina y Colombia para el huésped–consumidor frente a las plataformas digitales de alojamiento turístico

Silvana CANALES GUTIÉRREZ *

SUMARIO: I. Planteamiento del objeto de estudio. II. La relación entre el huésped–consumidor y la plataforma. 1. Unión Europea: Contrato de intermediación digital. 2. Colombia: plataformas electrónicas o digitales de servicios turísticos. 3. México: plataformas electrónicas prestan servicios de intermediación para alojamiento. 4. Argentina: Alquiler Temporal Turístico. III. Formas de reclamación disponibles para el huésped–consumidor contra las plataformas en línea de alojamientos turísticos. 1. Controversias entre el huésped–consumidor y la plataforma en línea de alojamientos turísticos. 2. *Small claims*. IV. ADRs accesibles al huésped–consumidor en la Unión Europea y en Latinoamérica. 1. arbitraje: A) Argentina; B) Unión Europea; C) México; D) Colombia. 2. Mediación para la UE y conciliación para Latinoamérica. A) En la Unión Europea; B) Colombia, México y Argentina IV. Conclusiones.

RESUMEN: El huésped–consumidor con domicilio en la UE o en Colombia, México o Argentina realiza contantemente contratos de intermediación digital con plataformas en línea para alojamientos turísticos con sede social en otros Estados. En caso de reclamación, la cuantía de las pretensiones, al tratarse *small claims*, pueden disuadir al huésped–consumidor de presentar una reclamación judicial, pero el escenario puede cambiar si puede acceder a mecanismos de resolución de conflictos (ADR) económicos o gratuitos, rápidos y eficaces que le permitan gestionar en línea su reclamación. La UE y los Estados seleccionados de Latinoamérica conceden a los consumidores herramientas extrajudiciales para que puedan obtener una compensación por daños, sin embargo, no todos los consumidores pueden acceder a ellas y se crea un escenario de protección internacional que depende de criterios como el domicilio del consumidor, el lugar de sede o establecimiento de la plataforma, la especialidad del ADR en consumo, entre otros. Esta breve investigación pretende exponer este escenario y mostrar la protección internacional comparada de los huéspedes–consumidores en materia de ADRs.

PALABRAS CLAVE: HUÉSPED–CONSUMIDOR, PLATAFORMA EN LÍNEA DE ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS ADRs, CONTRATO DE CONSUMO, MEDIACIÓN EN LÍNEA.

* Doctora del Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de la Universitat Rovira i Virgili.

Comparative analysis of ADRs available in the EU, Mexico, Argentina and Colombia for the guest-consumer against online platforms for tourist accommodation

ABSTRACT: *The guest-consumer with domicile in the EU or in Colombia, Mexico or Argentina constantly enters into digital intermediation contracts with online platforms for tourist accommodations with registered offices in other States. In the event of a complaint, the amount of the claims, being small, may dissuade the guest-consumer from filing a legal claim, but the scenario may change if they can access inexpensive or free, fast and efficient dispute resolution mechanisms (ADRs) that allow them to manage their complaint online. The European Union and selected Latin American States grant consumers extrajudicial tools so they can obtain a compensation for damages. However, not all consumers can access them, and several scenarios of international protection are created, which depend on criteria such as the domicile of the consumer, the place of registered office or establishment of the platform, the specialty of the ADR in consumption, among others. This brief research aims to expose this scenario and show in a comparative perspective the international protection of consumer-guests in ADRs matters.*

KEYWORDS: *GUEST-CONSUMER, ONLINE PLATFORM OF TOURIST ACCOMMODATIONS, ADRs, CONSUMER CONTRACT, ONLINE MEDIATION.*

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

En el mercado globalizado, consumidores realizan frecuentemente contratos de servicios en línea con profesionales ubicados en cualquier parte del mundo. Cuando se presenta una controversia, la existencia de un elemento internacional en un contrato de esta naturaleza trae consigo la inmersión en el terreno del Derecho internacional privado, y con ello un entramado de derechos distintos a los que el consumidor puede tener acceso, de acuerdo con el lugar de su domicilio y del lugar donde desea presentar la reclamación. Los tribunales nacionales no tienen la capacidad ni las herramientas para enfrentarse a la cantidad de controversias de mínima cuantía que surgen de los mercados en línea relacionados con consumidores, por lo cual, los Estados, especialmente los Estados miembros de la Unión Europea, en adelante, UE, sus instituciones y organizaciones internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹, la Organización Mundial del Turismo (OMT)² y la Conferencia de

¹ *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2017. Este documento tiene como objetivo “fomentar el desarrollo de los ODR y ayudar a los administradores de ODR, a las plataformas de ODR, a los neutrales y a las partes de los procedimientos ODR” [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf]. Fecha de consulta: 21 julio 2022.

² La Organización Mundial del Turismo (OMT) desarrolló el Código internacional para la protección de los turistas con parámetros no vinculantes para los Estados, cuyo objetivo es propender por un reparto equilibrado de las obligaciones de los turistas frente a los prestadores de servicios turísticos, y en materia de resolución alternativa de conflictos establece recomendaciones para aplicarlos de manera justa, eficiente y rápida [<https://www.unwto.org/es/faq-codigo-internacional-para-la-proteccion-de-los-turista>] 21 julio 2022.

La Haya de Derecho Internacional Privado³ han desarrollado parámetros y reglas para estimular y normalizar el uso de mecanismos de resolución de conflictos en línea y el comercio transnacional⁴, cuyo objetivo general es que las reclamaciones puedan presentarse y resolverse mediante estos mecanismos y las controversias de esta naturaleza puedan encausarse en una vía diferente a la judicial siempre que las partes puedan llegar a un acuerdo. Visto lo anterior, los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia de turismo son la apuesta del Derecho y de las instituciones y organizaciones internacionales para solucionar las controversias transfronterizas en materia de consumo.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe indicarse la relevancia de la forma en que la reclamación es encausada, puesto que tiene repercusiones para el consumidor. Si por un lado, decide presentar una reclamación judicial en contra del profesional y someterse a la competencia de los tribunales de un Estado diferente al de su domicilio, ello puede acarrearle costos judiciales exorbitantes que exceden con creces la cuantía de sus pretensiones, y por otro, si decide utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflictos (en adelante, *ADR*) ha de revisar si el mecanismo al que desea acceder se encuentra disponible para un consumidor con sus características, teniendo en cuenta que existen criterios para aplicarlos, como el de su domicilio. Debe tenerse en cuenta que los *ADRs* pueden constituirse como una alternativa eficaz de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, pero no la mejor alternativa para todos los consumidores, que deben cumplir ciertos requisitos de acceso por cada *ADR* a utilizar.

El consumidor al que se refiere esta breve investigación tiene como mínimo dos características: se trata una persona física y que actúa por fuera de su actividad profesional. Cuando este tipo de consumidores contratan servicios de intermediación digital con una plataforma en línea para acceder a un contrato de arrendamiento con un tercero, tendrán la calidad de huéspedes del inmueble, y por tanto, en adelante, para identificarlos y distinguirlos de otros consumidores, serán llamados huéspedes-consumidores.

Estas son apenas dos características del consumidor, de acuerdo con el instrumento normativo o administrativo utilizado pueden exigirse más requisitos al consumidor que los aquí señalados, así como algunas características específicas de la prestación del servicio o del profesional⁵. Así las cosas, no todos

³ *Hague Conference on Private International Law*, “Practical Guide to Access to Justice for International Tourists and Visitors”, Prel. Doc. No. 1 REV diciembre 2021. Esta guía indica que actualmente, no existe un marco armonizado para los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en línea en materia de turistas y visitantes, con lo cual surge la necesidad de analizar estos mecanismos y verificar si a través de ellos puede existir acceso a la justicia, [<https://www.hcch.net/es/governance/council-on-general-affairs>. Fecha de consulta: 22 mayo 2022>].

⁴ P. Cortes y F. Esteban de la Rosa, “Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes”, *Int. Comp. L. Q.*, vol. 62, n° 2, 2013, p. 438.

⁵ S. Pagliantini, “Una Mirada a la Protección Contractual del Consumidor en Italia”, *Rev. der. priv.*, vol. 28, 2015, p. 192.

los consumidores pueden acceder a todos los ADRs ni a todas las prerrogativas de protección, consideración que debe hacerse incluso más incisiva en un contexto de Derecho comparado.

Los consumidores se han convertido en sujeto de especial protección en la UE⁶, que busca reestablecer el equilibrio contractual favoreciendo en algunos casos a la parte débil⁷, teniendo en cuenta el desconocimiento general de los consumidores sobre las normas que le son aplicables que en ocasiones le conceden derechos especiales en detrimento del profesional⁸. En Latinoamérica existe un eco de esta protección⁹ que en ocasiones sólo provee garantías para los consumidores que contraten con profesionales, en este caso plataformas con sede social o establecimiento en su territorio. El panorama extrajudicial del huésped–consumidor en la UE frente a la plataforma es encabezado por la mediación en línea, siempre que ambos tengan su domicilio en la Unión de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 524/2013 de 21 mayo 2013¹⁰, pero el panorama cambia cuando tienen que enfrentarse a una plataforma en línea de alojamientos turísticos extranjera sin establecimientos de comercio en los Estados miembros, o cuando el huésped–consumidor con domicilio en Latinoamérica desea recurrir a un ADRs de la UE o de su propio Estado para obtener una compensación por parte de una de estas plataformas sita en la Unión, en el marco del contrato de intermediación digital.

Así las cosas, en un escenario comparado, el objetivo de esta breve investigación es exponer algunas opciones extrajudiciales para el huésped–consumidor con domicilio en la UE y en algunos países de Latinoamérica, seleccionados por contar con protección específica a los consumidores o normas de DIPr especializadas en consumo, y realizar un análisis cualitativo de estas opciones, para establecer cual huésped–consumidor, basado en su domicilio se encuentra mejor protegido en materia de ADRs.

⁶ G. Palao Moreno, “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en: M.J. Reyes López (coord.), *Derecho Privado del Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 73–76.

⁷ O.I. Dumitru y A. Viorel Tomescu, “European Consumer Law in the Digital Single Market”, *Jur. Trib.*, vol. 10, n.º 2, 2020, pp. 224–225 y E. Hondius, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *Journ. Cons. Pol.*, vol. 27, n.º 3, 2004, pp. 249–250.

⁸ G. Helleringer y A.-L. Sibony, “European Consumer Protection through the Behavioral Lens,” *Col. Jour. Eur. Law.*, vol. 23, n.º 3, 2017, pp. 611–612.

⁹ S. Lanni, F. Barrientos Camus, “El consumidor latinoamericano: nuevos desafíos para la armonización del Derecho”, *Rev. Gen. Der. Pub. Com.*, n.º 23, 2018, pp. 2–4.

¹⁰ Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL HUÉSPED—CONSUMIDOR Y LA PLATAFORMA

El huésped contrata con una plataforma en línea de alojamientos turísticos como *Airbnb* o *Booking*, un servicio de intermediación digital que consiste en poner en contacto al huésped con un propietario, de ahora en adelante, anfitrión, para que por un precio, ambos concluyan un contrato de arrendamiento¹¹. Si bien es una relación tripartita que puede gestar diferentes relaciones contractuales, el contrato de consumo celebrado entre la plataforma en línea de alojamientos turísticos y el huésped ha de ser considerado desde la perspectiva de la prestación de servicios y no desde el contrato de arrendamiento, por cuanto la plataforma no es parte de este último ni tiene sobre el influencia decisiva¹², siendo el contrato de arrendamiento el objetivo subyacente de la intermediación aunque se trate de contratos diferentes.

1. Unión Europea: Contrato de intermediación digital

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Airbnb Ireland UC* (2018) ha zanjado al diferencia entre el contrato de intermediación y de arrendamiento estableciendo que el servicio de la plataforma parte de proveer una lista estructurada de alojamientos disponibles que sean correlativos a los criterios de búsqueda de los huéspedes y proporciona las herramientas para concretar la transacción entre estos últimos y los anfitriones, para que accedan con ello contratos de alojamiento de corta duración¹³. La plataforma recibe la totalidad del pago por parte del huésped y lo consigna de manera posterior al anfitrión, teniendo en cuenta que por ello cobra del 6% al 12% del valor total del alojamiento¹⁴.

Al ser la plataforma un mero intermediario entre huésped y anfitrión, de acuerdo con la sentencia señalada, y tratándose de un prestador de servicios de la sociedad de la información¹⁵, que provee un servicio en línea, debemos enfatizar en que el contacto que realizan las partes no puede, a través del contrato de

¹¹ S. Feliu Álvarez de Sotomayor, “Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 407–408.

¹² R. Pazos Castro, “*Uber*, *Airbnb* y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales”, *IDP*, n° 31, 2020, p. 6.

¹³ Asunto C-390/18, de 19 diciembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1112, X, con intervención de YA, *Airbnb Ireland UC*, *Hôtelière Turenne SAS*, *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels* (AHTOP) y *Valhotel*, FJ 53 y 54.

¹⁴ Asunto *Airbnb Ireland UC*, FJ 19.

¹⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 junio 2000 “relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, DO n° 178 de 17.7.2000.

intermediación en los términos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ser considerado como una influencia decisiva para la prestación de los servicios de alojamiento¹⁶.

Aunque en TJUE ha delimitado el contrato de intermediación digital, la protección de la UE respecto de los huéspedes–consumidores depende no de su condición de contratantes o de arrendatarios sino en la necesidad jurídica del restablecimiento del equilibrio contractual como se evidencia en el art. 3 Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁷ y en la protección a los consumidores que justifica incluso la restricción de la libertad en los prestadores de servicios de la sociedad de la información –bajo ciertos parámetros– por parte de los Estados miembros, de acuerdo con el art. 3.4º.a) de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Adicionalmente, debe tenerse en la Unión Europea la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales), en adelante, *Digital Services Act*¹⁸, que establece especialmente mecanismos alternativos de resolución de conflictos que serán tratados en el apartado IV. de esta breve investigación.

2. Colombia: plataformas electrónicas o digitales de servicios turísticos

En Latinoamérica, la relación entre el huésped–consumidor y la plataforma, también ha sido catalogada como de consumo en el marco de un contrato de servicios de intermediación. En Colombia, la Ley de turismo 2068 del 31 diciembre 2020¹⁹, “Por la cual se modifica la Ley general de turismo y se dictan otras disposiciones”, indica en su art. 3.8º que las plataforma electrónicas o digitales de servicios turísticos, son las que:

¹⁶ Asunto *Airbnb Ireland UC*, FJ 67 y 68. R. Pazos Castro, *op. cit.*, pp. 7–9.

¹⁷ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, publicada en: DO nº 95 de 21.4.1993.

¹⁸ COM (2020) 825 final, de 15 diciembre 2020, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales o *Digital Services Act*) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Vid. Arroyo Amayuelas, E., “El derecho de las plataformas en la Unión Europea”, en: E. Arroyo Amayuelas, Y. Martínez Mata, M. Rodríguez Font y M. Tarrés Vives, *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Madrid, M. Pons, 2021, p. 23. vid. Comisión Europea, “The Digital Services Act Package”, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN..>].

¹⁹ Ley 2068 de 2020, de 31 de diciembre, por el cual se modifica la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 51.544 de 31 diciembre 2020, : [http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2068_2020.html].

“... permiten a los turistas buscar y encontrar un servicio turístico en su destino de viaje, contactarse con el prestador, reservar y/o pagar por el servicio. Intermedian entre el turista y el prestador de servicios y cobran una comisión, remuneración o tarifa de uso al prestador o al turista, o a ambos”.

Pese a que la ley define los servicios de intermediación de la plataforma, la protección no contempla de manera específica la definición de turista como consumidor, sin embargo si se protegen sus derechos en materia de publicidad engañosa (art. 39), y se establecen una lista de infracciones para prestadores de servicios turísticos en coordinación con el (arts. 28 y 29) del Estatuto del Consumidor colombiano, la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones²⁰. En 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana²¹, como autoridad nacional para la protección al consumidor, ha identificado al usuario de servicios de alojamientos turísticos como consumidor, y por tanto, ha impuesto medidas preventivas y de supervisión a plataformas como *Booking.com*, *Expedia.com*, *Airbnb.com* y *Homestay*.

3. México: plataformas electrónicas prestan servicios de intermediación para alojamiento

La Procuraduría Federal del Consumidor de México, en adelante, Profeco²², encargada de “promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores” de acuerdo con el art. 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor²³, estableció que las plataformas electrónicas como *Homeaway*, *Booking* y *Airbnb*; “prestan servicios de intermediación en la adquisición de alojamiento dentro de inmuebles”, dentro de un procedimiento administrativo de infracción en contra de la Ley Federal de Protección al Consumidor (2018)²⁴. Dentro de este procedimiento y determinó que la plataforma *Booking* con sede social en Los Países Bajos establecía en sus términos y condiciones de servicio que los huéspedes–consumidores estaban obligados a someterse a la competencia de los tribunales neerlandeses, lo cual iba en directa contradicción del Art. 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que

²⁰ Art. 42 de la Ley 1480 de 2011, de 12 de octubre, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, publicado en: Diario Oficial No. 48.220 de 12 octubre 2011 [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html].

²¹ Vid. [<https://www.sic.gov.co/content/superindustria-pone-la-lupa-prestadores-de-servicios-de-vivien-da-para-turismo>]. Fecha de consulta: 1 julio 2022.

²² vid. [<https://www.gob.mx/profeco>. Fecha de consulta: 1 julio 2022.

²³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 diciembre 1992. [<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc.htm>].

²⁴ [<https://www.gob.mx/profeco/prensa/inicia-profeco-procedimientos-administrativos-por-infracciones-a-la-ley-en-contra-de-proveedores-de-servicio-de-alojamiento?idiom=es-MX>].

señala que no son válidas las cláusulas que “obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros”, en los contratos de adhesión.

La decisión tomada en el procedimiento seguido contra *Booking* determinó que este tipo de cláusulas son abusivas para los consumidores residentes en México que usan la plataforma. Lo anterior se basó en que, aunque *Booking.com B.V.*, la empresa contratante, tiene social en Los Países Bajos, cuenta con un establecimiento de comercio en territorio mexicano: *Servicios Booking.com México, S.A. de C.V.*, y por tanto, los huéspedes–consumidores residentes en México tienen derecho a demandar en su país de residencia a esta plataforma, por tener una conexión societaria que la liga a territorio mexicano²⁵.

4. Argentina: Alquiler Temporario Turístico

La Ley nacional de turismo vigente (2004)²⁶, nada menciona sobre contratos de intermediación digital con plataformas digitales, pero ha de tenerse en cuenta que el *boom* de las plataformas y su necesidad de regulación fue posterior a la fecha de expedición de esta ley²⁷. Sin embargo, tomemos dos fuentes importantes para exponer el concepto de contrato de intermediación y la situación actual de las plataformas en línea alojamientos turísticos en Argentina: La primera es el art. 15 Ley 6255 de 2019²⁸, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que indica que las plataformas digitales son “aquellas que lleven a cabo la comercialización, promoción, oferta y/o publicidad del Alquiler Temporario Turístico de las unidades situadas en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Los huéspedes de acuerdo con su art. 3, son incluidos dentro de la categoría de “inquilinos”, de la unidad inmobiliaria destinada para el alquiler temporario turístico.

Esta ley aunque establece obligaciones para ambas partes y concede una definición, no aporta ninguna consideración específica sobre el contrato de consumo. La segunda fuente, esta vez de naturaleza jurisprudencial y previa a la expedición de la Ley 6255 de 2019 aporta elementos de protección al consumidor

²⁵ S. Canales Gutiérrez, “Perspectivas comparadas de competencia judicial internacional en la UE y México en las controversias entre el huésped–consumidor y la plataforma digital de alojamiento turístico”, *Rev. Mex. Der. Int. Priv. Comp.*, n° 47, 2022, pp. 64 y 65.

²⁶ Ley 25.997 de Diciembre 16 de 2004, Publicada en el Boletín Nacional del 7 enero 2005 [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/1027_24/norma.htm].

²⁷ *Airbnb*, por ejemplo fue fundada en 2008 y ha sido una de las plataformas en línea de alojamientos turísticos más relevantes en esta industria. E. Wright, “Airbnb: The Household Name Becoming the New Kid on the Tax Block”, *University of Louisville L. Rev.*, vol. 56, n° 2, 2018, pp. 282–283.

²⁸ La Ley No. 6255 de 28 noviembre 2019 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reguló la actividad de alquiler temporario turístico de la ciudad autónoma de Buenos Aires, publicada en el Boletín Oficial el 26 diciembre 2019.

residente en Argentina frente a la plataforma. En el caso *Gonzalo Martin Pérez Morales vs Booking.com Argentina SRL* y otros s/ ordinario, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2017)²⁹, se estableció la dificultad para que un consumidor con domicilio en Argentina que contrata en línea con una plataforma foránea, con dominio *.com*, pueda saber que la plataforma tiene o no un establecimiento de comercio en su Estado de domicilio. En el caso concreto *Booking* con sede social en Los Países Bajos, fue la plataforma con la que se realizó la contratación, pero esta tenía un establecimiento en territorio argentino *Booking.com Argentina SRL*, al que el consumidor demandó de manera directa. La importancia de este establecimiento radica en que el art. 2654 del Código Civil y Comercial de la Nación³⁰, que establece foros específicos para atribuir competencia a los jueces argentinos en un contrato de consumo con elemento internacional indica de manera expresa que:

“... son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual”.

Así las cosas, el tribunal indica que si bien el servidor de red y la localización física de los ordenadores de la plataforma se encuentran situado en Los Países Bajos y se considera parte de la relación contractual, en virtud del art. 2654 CCCN los tribunales argentinos son competentes de conocer el proceso iniciado por el huésped–consumidor contra la plataforma *Booking* por tener esta una conexión indiscutible con el territorio argentino, aunque existiese una cláusula que le atribuya competencia a los tribunales neerlandeses³¹. Adicionalmente, la sentencia indica la posibilidad de recurrir al “foro de necesidad” en ciertos casos en materia de comercio electrónico, cuando el consumidor con domicilio en Argentina no pueda localizar el domicilio demandado que presta servicios en línea para presentar la reclamación judicial, siempre que concurran los elementos suficientes que vinculen la controversia a territorio argentino, los tribunales de este país podrán ser competentes en aras de garantizar la protección al consumidor y su acceso a la justicia.

²⁹ Decisión del 10 agosto 2017, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina [http://fallos.diprargentina.com/2018/07/perez-morales-gonzalo-martin-c_24.html].

³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, 1 octubre 2014, publicado en el Boletín Oficial del 08 octubre 2014 [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#51>].

³¹ C.E. Tambussi, “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el Derecho de consumidores y usuarios”, *LEX*, n° 22, 2018, pp. 120–121, *vid.* A.M. Porcelli, “Regulación jurídica de los contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Rev. Elec. Inst. Inv.*, n° 15, 2015, p. 110.

III. FORMAS DE RECLAMACIÓN DISPONIBLES PARA EL HUÉSPED—CONSUMIDOR CONTRA LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA DE ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS

La relación huésped—consumidor y plataforma no es un asunto fácil de dilucidar. En la UE, a falta de un criterio preciso de naturaleza legal para incluir a las plataformas en la categoría de prestadores de servicios de la sociedad de la información, específicamente por tratarse una estructura novedosa que no se encontraba contemplada en la Directiva 2000/31/CE, fue necesario que el TJUE precisara algunos puntos de este contrato separándolo del servicio subyacente de arrendamiento³², basado en el nivel de control de la plataforma en línea de alojamientos turísticos, a quien considera un mero intermediario³³. Si bien esta relación fue analizada vía jurisprudencia del TJUE, los matices de los derechos y obligaciones de las partes carecen de claridad. En las condiciones actuales, si tomamos como ejemplo una plataforma en línea de alojamientos turísticos, es cuando menos complejo identificar los parámetros para establecer si excede su rol de mero intermediario actuando de manera activa entre las partes, si parte o no del contrato de arrendamiento³⁴ o cómo se identifican sus obligaciones mínimas que trascienden lo pactado entre las partes.

En Latinoamérica, la limitación de la responsabilidad de las plataformas se deriva de manera general de las normas internas sustanciales de protección al consumidor, que como mínimo tienen veinte años de haber sido expedidas y se actualizan en el ordenamiento jurídico respecto de las plataformas, mediante leyes de turismo, sentencias o dictámenes administrativos como se ha indicado, pero se evidencia, al igual que en la Unión Europea, la necesidad de una ley que unifique los criterios definitorios de las plataformas en línea de alojamientos turísticos frente a los derechos específicos del huésped—consumidor, por cuanto como veremos en el subtítulo siguiente, existe una dificultad tangible para este último de identificar el titular de su reclamación en caso de controversia.

³² Vid. as. C-674/20, de 10 diciembre 2021, ECLI:EU:C:2022:303, *Airbnb Ireland UC vs Région de Bruxelles-Capitale*, FJ 31.

³³ M. Cuenca Casas, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *CDT*, vol. 12, n° 2, 2020, pp. 308–309.

³⁴ A. Martínez Nadal, “COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales?”, *IDP*, n° 32, 2021, pp. 4–5.

1. Controversias entre el huésped-consumidor y la plataforma en línea de alojamientos turísticos

La relación tripartita entre la plataforma, el anfitrión y el huésped-consumidor de la que surgen diferentes contratos y relaciones jurídicas³⁵, se crea mediante un mismo acto: la aceptación de la reserva del alojamiento por parte del anfitrión previa solicitud presentada por el huésped. En ese momento la reserva queda realizada y la plataforma sustrae los fondos correspondientes al precio del alojamiento y cobra el valor de su intermediación³⁶. Debe tenerse en cuenta que todo lo aquí señalado se realiza por medio de la plataforma y comprende el criterio de “poner en contacto” a dos partes, el futuro arrendador y arrendatario, con necesidades recíprocas³⁷.

La creación del contrato de intermediación y el de arrendamiento toman lugar en este acto, pero el huésped-consumidor hasta este momento sólo ha tenido como mínimo contacto con la plataforma, y en caso de cancelación de la reserva por parte del arrendador o de cualquier otro inconveniente antes, durante o después del alojamiento no es claro ante quien puede dirigirse para presentar una reclamación.

La plataforma *Airbnb* expone en su página web las controversias más comunes que pueden presentarse en el alojamiento, entre las que se encuentran³⁸:

1. Cancelación de la reserva
2. El anfitrión no proporciona acceso al alojamiento
3. El anuncio del inmueble contiene una imprecisión sustancial con la realidad

Las tres circunstancias mencionadas, pueden causar daños patrimoniales al huésped, cuyo primer acercamiento a una reclamación lo realiza a través de la plataforma especialmente porque así se encuentra contemplado en las políticas de reembolso, que establecen un procedimiento e incluso una manera de probar los hechos que dieron lugar a los daños para que la plataforma, y no el anfitrión, proceda al reembolso o incluso a una compensación.

³⁵ S. Canales Gutiérrez, *loc. cit.*, p. 66

³⁶ M. Cuenca Casas, *loc. cit.*, p. 328.

³⁷ F. Martínez Mallada, “El contrato de mediación digital en el marco de la economía colaborativa”, *Act. Jur. Iber.*, nº 16, 2022, p. 247.

³⁸ Políticas de reembolso en vigor desde 29 abril 2022.

Sin embargo, el hecho que la plataforma permita este tipo de reclamaciones, no indica que le conceda al huésped–consumidor en todos los casos o en la mayoría de ellos, obtener realmente una compensación³⁹. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la guía práctica para acceder a la justicia para turistas internacionales y visitantes (2021), mencionada anteriormente, indica específicamente sobre el centro de resolución de conflictos en línea de la plataforma *Airbnb*, que las posibilidades de sanción que contemplan sus políticas, son suspender al anfitrión o al huésped de su plataforma o cobrarle a cada uno de ellos sumas específicas si la plataforma determina que son responsables de un daño, o sustraer las sumas pertinentes del depósito de seguridad si éste fue constituido⁴⁰, sin embargo si no existe depósito, o si la parte responsable no está de acuerdo con el cobro o el procedimiento o simplemente elimina su usuario de la plataforma, *Airbnb* pierde la efectividad de su centro de resolución de conflictos en línea y las partes podrían recurrir a otra forma de reclamación, mediante un *ADRs* o un proceso judicial.

Si el huésped–consumidor desiste de su reclamación frente a la plataforma, puede dirigirla al anfitrión, pero en este punto deben hacerse algunas consideraciones: entre el huésped y el anfitrión no existe generalmente contrato escrito, por tanto, los derechos y obligaciones de las partes deben remitirse a la normativa nacional y local donde se encuentra sito el inmueble, normativa que el huésped como arrendatario desconoce y que puede ser un factor disuasivo para iniciar o continuar la reclamación frente al anfitrión. En caso de que el huésped quiera recurrir a un *ADRs* para resolver su controversia frente al anfitrión, estos *ADRs* ya no estarían especializados en consumo, por cuanto la plataforma no se encuentra involucrada. Lo mismo ocurre cuando el huésped se plantea enfrentar al anfitrión en un escenario judicial: el contrato de consumo determina si accede a ciertos derechos especiales para el consumidor y como en este caso no existe, son otros los factores que determinan la competencia.

Respecto de estos derechos especiales para el consumidor, en la Unión Europea por ejemplo, en virtud del Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴¹, en adelante, RB Ibis, el huésped–consumidor pasivo puede enfrentar judicialmente a la plataforma en su propio domicilio o en el de la plataforma (art. 18 RB Ibis) y estos foros prevalecen aunque exista pacto previo entre las partes⁴². En virtud del art. el 7.5° RB Ibis de manera general y

³⁹ Los datos sobre la efectividad y satisfacción con el sistema de reembolsos de *Airbnb* no se encuentra disponible al público en su página web.

⁴⁰ *Practical guide...*, cit., p. 9.

⁴¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en: DO n° 351 de 20.12.2012.

⁴² Deben tenerse en cuenta las excepciones del art. 19 RB Ibis.

del art. 17.2º RB Ibis en materia de contratos celebrados por los consumidores, el huésped-consumidor también puede demandar a la plataforma cuando esta no tiene sede en un Estado miembro, ante los tribunales del Estado miembro donde tenga un establecimiento secundario basado en el principio *actor sequitur fórum rei*⁴³. En caso de que el huésped sea considerado como arrendatario y no como consumidor, deben seguirse las reglas del art. 24.1º RB Ibis, que se trata de un foro exclusivo, y serán competentes los tribunales del Estado miembro donde se encuentra ubicado el inmueble⁴⁴.

En contraste, tomemos un Estado latinoamericano, Argentina, que de acuerdo con el CCCN, en materia de arrendamientos prevalece el pacto entre las partes art. 2605, pero en materia de contratos de consumo, existen foros específicos que no pueden invalidarse mediante acuerdo teniendo en cuenta el art. 2654. La incompatibilidad de los foros hace imposible plantearse en una reclamación conjunta tanto en el RB Ibis como en el CCCN⁴⁵. Así las cosas, para efectos de esta breve investigación el huésped se enfrenta únicamente a la plataforma, para conservar la calidad de consumidor y acceder a los ADRs disponibles en materia de consumo, pero debe quedar claro que, reclamar al arrendador de manera autónoma debe ser una opción abierta para el huésped.

2. Small claims

Respecto de la cuantía de la reclamación en materia de consumidores⁴⁶ esta suele tratarse de *small claims*⁴⁷, y especialmente alojamientos turísticos, influirá en las pretensiones el precio o tarifa del alojamiento que suele ser de corta duración. Lo anterior, se justifica en que si existe la cancelación de una reserva o cualquier otro inconveniente, el huésped-consumidor exigirá el reembolso del valor del alojamiento, que dependiendo del costo del alojamiento específico y el

⁴³ G. Palao Moreno, “Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado”, *Rev. Fac. Der.*, vol. 47, nº 1, 2019, pp. 74–75.

⁴⁴ M. Font i Mas, “Los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía “colaborativa” de plataformas digitales”, en P. Jiménez Blanco, y A. Espiniella Menéndez (dirs.), *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 504–505. Debe tenerse en cuenta la excepción del art. 24.1º RB Ibis, párrafo segundo.

⁴⁵ Es de aclarar que existen anfitriones que pueden ser profesionales, pero esta breve investigación se enfoca en los que comparten el estatus de persona física con el huésped. Debe aclararse igualmente que en caso de que el anfitrión sea un profesional y el huésped un consumidor, prevalecería en RB Ibis en foro exclusivo del arrendamiento sobre el de protección a consumidores; D. Carrizo Aguado, “Tramantojo de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales”, *CDT.*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 504.

⁴⁶ N. Martínez Rodríguez, “Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea”, *Aran.*, nº 1, 2018, pp. 2–3.

⁴⁷ A. Kamphorst, “The Right to a Fair Trial in Online Consumer Dispute Resolution”, *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 5, 2019, p. 182.

número de días puede incrementar o disminuir la cuantía. Aunque debe mencionarse que existen alojamientos en ciertas ciudades donde generalmente el precio de las reservas de alojamiento por noche es alto en comparación de otras ciudades⁴⁸. También podría exigirse el valor otros gastos asociados a la búsqueda de un nuevo alojamiento. Como ejemplo podemos citar a la sentencia de 2020 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife⁴⁹ que condenó a la sociedad *Airbnb Marketing Services S.L.*, a una compensación por daños ocasionados a un huésped–consumidor residente en España, por cuanto el alojamiento provisto no coincidía con el anuncio publicado en la plataforma, lo cual lo forzó a buscar y pagar un hotel de manera imprevista teniendo un menor a cargo. La compensación ascendió a la cifra de 548 euros a lo que debe sumarse el valor de la devolución de la reserva que fue hecha por la plataforma previo a la condena⁵⁰. Debe decirse que en ninguna parte de la sentencia se menciona al anfitrión o que la responsabilidad por la controversia derivaba sobre el contrato de arrendamiento.

Así las cosas, si el huésped–consumidor presenta una reclamación judicial o extrajudicial en contra de alguna de las partes contratantes, estaría más propenso a hacerlo en contra de la plataforma en lugar del anfitrión por varias razones: la plataforma puede contactar al huésped–consumidor en su idioma, algo que no puede garantizar el anfitrión en todos los casos; el huésped–consumidor tiene un contrato por escrito que respalda los términos y condiciones de servicio así como las obligaciones de la plataforma y los derechos del huésped–consumidor, aunque debe decirse que en ocasiones el anfitrión también puede establecer terminos y condiciones para el arrendamiento; la plataforma tiene un sistema de reembolsos que puede usar siguiendo un procedimiento específico; la plataforma, cuando menos, puede ser localizada mediante correo electrónico y el anfitrión puede darse de alta en la plataforma bajo un seudónimo⁵¹ siendo imposible para el huésped conocer sus datos mínimos y reales para efectos de notificaciones. Por último, enfrentarse a la plataforma en cualquier escenario garantiza que el huésped mantenga el estatus de consumidor, necesario como hemos señalado para acceder a ciertos foros de protección y a los *ADRs* que se indicarán a continuación.

⁴⁸ Vid. [https://www.hosteltur.com/134637_ranking-de-los-precios-mas-caros-de-airbnb-en-las-capitales-de-europa.html].

⁴⁹ SAP Santa Cruz de Tenerife, nº 394/2020, de 19 octubre, ECLI:ES:APTF:2020:2307.

⁵⁰ Debe mencionarse que las pretensiones del demandante ascendían casi a 4000 euros, 3000 de los cuales eran tasados por el cómo daños morales.

⁵¹ Vid. [<https://www.airbnb.es/help/topic/1389/identificaci%C3%B3n-y-verificaci%C3%B3n>]. Fecha de consulta: 1 julio 2022.

IV. ADRS ACCESIBLES AL HUÉSPED-CONSUMIDOR EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LATINOAMÉRICA

La calificación de contrato de consumo es relevante tanto en la UE como en Latinoamérica, pues de ello se desprenden prerrogativas especiales tanto en materia de competencia judicial internacional como de mecanismos de resolución alternativa de conflictos (*ADRs*), teniendo en cuenta que sobre estos últimos existe una rama especializada en materia de consumo. A continuación veremos los *ADRs* disponibles para huésped-consumidor dependiendo de su lugar de domicilio: los Estados miembros de la UE, Colombia, México y Argentina.

1. Arbitraje

La cláusula compromisoria en el contrato de consumo con elemento internacional ha de ser tratada con cautela, no todas las legislaciones seleccionadas permiten que los consumidores en cualquier momento, es decir antes o después de la controversia renuncien a la competencia de los tribunales de su lugar de domicilio o de otros, que por derecho les corresponden. Veamos a continuación desde la posición más radical hasta la más permisiva respecto de la cláusula compromisoria en contratos de consumo:

A) Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación⁵² prohíbe el arbitraje en materia de consumo, aunque debe decirse que también de manera categórica prohíbe todos los pactos atributivos de competencia en materia de consumo. Sin embargo, debe hacerse una aclaración al respecto, porque en Argentina existe un *ADR* especial: El Sistema Nacional de arbitraje de Consumo, constituido por los tribunales arbitrales de consumo de acuerdo con la Ley 7.363 de 2005⁵³, al que las partes acuden por acuerdo. Este sistema es público y gratuito, y al igual que el sistema mexicano, como se muestra más adelante, no tiene relación con el arbitraje de consumo oneroso y privado que prohíbe el Código Civil y Comercial de la Nación. Debe indicarse que los huéspedes-consumidores de cualquier Estado pueden acceder a este procedimiento siempre que la plataforma tenga sede social

⁵² Vid. arts. 2.605, 2.651 y 2.654.

⁵³ Ley 7.363 de 26 abril 2005, Boletín Oficial, 24 mayo 2005, : [<<https://www.saij.gob.ar/7363-local-mendoza-creacion-tribunales-arbitrales-consumo-competencia-reclamos-consumido> res-lpm0007363-2005-04-26/123 456789-0abc-defg-363-7000mvorpyel>].

o establecimiento en Argentina y esté registrada en el registro del Sistema Nacional de arbitraje de Consumo.

B) Unión Europea

El art. 19.1º RB Ibis indica que sólo será válido el pacto atributivo de competencia cuando se realice de manera posterior al litigio, y ello debe apreciarse en perspectiva con el principio de libertad consagrado en el art. 10 Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en adelante, DRAL⁵⁴, que indica que sólo serán procedimientos de resolución alternativa vinculantes cuando se hayan pactado de manera posterior al litigio y las partes “hayán sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente”. En España, la DRAL fue traspuesta en la Ley 7/2017⁵⁵, lo cual es relevante para los huéspedes–consumidores residentes en la UE, que deseen usar los servicios de alguna de las entidades de resolución alternativa establecidas en España. Debe tenerse en cuenta entonces que el arbitraje de consumo en los términos de la DRAL no se encuentra disponible para los huéspedes–consumidores con residencia en terceros países.

C) México

La Ley Federal de Protección al Consumidor⁵⁶ establece las reglas el arbitraje de consumo, en la cual la Procuraduría Federal del Consumidor actúa como árbitro⁵⁷. Debe tenerse en cuenta que esto no es un arbitraje en sentido estricto porque no es llevado por una entidad privada y su carácter no es oneroso sino que se caracteriza por su gratuidad, rapidez e inmediatez⁵⁸. Si se requiere acudir

⁵⁴ Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, publicada en: DO nº 165 de 18.6.2013. Las cláusulas de los términos y condiciones de servicio establecidas por las plataformas que obliguen a los consumidores a someterse a arbitraje de manera previa al conflicto y sin seguir el procedimiento señalado de acuerdo con la DRAL podrán considerarse abusivas y se toman como no escritas.

⁵⁵ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, publicada en: BOE 4.9. 2017.

⁵⁶ Ley Federal de Protección al Consumidor, *cit.*, art. 111 ss. De acuerdo el art. 120 de esta ley las normas del Código de Comercio son supletivas del procedimiento arbitral llevado ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

⁵⁷ R. Herrera De Las Heras y S. González Rodríguez, “La protección de los consumidores y el sistema extrajudicial de resolución de conflictos; una perspectiva comparada entre México y España”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, vol. 48, nº 142, 2015, pp. 382–383.

⁵⁸ J.G. Steele Garza, “Arbitraje de consumo: un largo camino hacia el arbitraje on–line internacional”, M. Gonzalo Quiroga, F.J. Gorjón Gómez y A. Sánchez García, (coord.), *Métodos*

a arbitraje en sentido estricto, este es regulado por el Código de Comercio Mexicano⁵⁹ que establece reglas sobre arbitraje comercial nacional y arbitraje internacional, pero no prohíbe ni regula el arbitraje de consumo comercial. Los huéspedes-consumidores con domicilio en terceros países han de someterse a las reglas del arbitraje comercial internacional del Código de Comercio Mexicano. Para acceder al arbitraje de consumo de la Procuraduría Federal del Consumidor, la plataforma debe tener su sede social o establecimiento en México y los huéspedes-consumidores han de estar ubicados en territorio mexicano o nombrar un representante, por cuando este tipo de arbitraje no cuenta con una versión virtual.

D) Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra prohibido o regulado de manera expresa el arbitraje de consumo, pero si existe normativa sobre arbitraje internacional, por tanto, huéspedes-consumidores con domicilio o residencia en terceros Estados pueden acudir a arbitraje en Colombia para dirimir sus controversias con la plataforma. En Colombia, la Ley 1563 de 2012⁶⁰, establece especialmente que para que exista arbitraje internacional en los términos de esa norma, el objeto del litigio o el lugar del cumplimiento de las obligaciones debe estar en un Estado diferente al que las partes tienen su domicilio, o que estas últimas tengan su domicilio en Estados distintos, o que el objeto de la controversia afecte los intereses del comercio internacional. También podrían acudir en Colombia al Decreto 1829 de 2013⁶¹, que concedió a consumidores la oportunidad de acceder al arbitraje de manera virtual, y determinó que los centros de arbitraje establecidos en Colombia, siempre que cumplan unos requisitos específicos, pueden ofrecer este servicio, con lo cual no se requiere ningún trámite físico en Colombia para huéspedes-consumidores con domicilio en terceros Estados puedan acceder a este tipo de arbitraje.

2. Mediación para la UE y conciliación para Latinoamérica

Al igual que el arbitraje y de acuerdo con la DRAL, en la UE en materia de consumo, la mediación al debe pactarse de manera posterior al litigio. En los

alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia, Madrid, Dykinson, 2011, p. 327.

⁵⁹ Código de Comercio Mexicano, arts. 1.415–1.463.

⁶⁰ Ley 1563 de 2012 de julio 12, Diario Oficial No. 48.489 de 12 julio 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html].

⁶¹ Decreto 1829 de 2013, de 27 de agosto, Diario Oficial 48895 de agosto 27 de 2013, por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012 [https://www.redjurista.com/Documents/decreto_1829_de_2013_inisterio_de_justicia_y_del_derecho.aspx].

países seleccionados de Latinoamérica, aunque también puede existir la figura de la mediación, en materia de consumo prima la conciliación, puesto que en ocasiones acudir a esta, aunque no exista acuerdo, es prerequisite para acceder a arbitraje de consumo especial o a un proceso judicial. Veamos a continuación, como acceder a mediación en la UE y a la conciliación en los países seleccionados de Latinoamérica teniendo especialmente en cuenta la mediación y la conciliación en línea y el lugar de domicilio del huésped–consumidor y de la plataforma.

A) En la Unión Europea

La DRAL debe también tomarse en cuenta en materia de mediación, pero esta vez en coordinación con el Reglamento (UE) no. 524/2013 de 21 mayo 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo⁶², que dispuso la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea de la UE, cuyo Art. 1 indica que facilita “la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa”.

La ventaja principal de esta plataforma es que provee un procedimiento en línea de mediación al que se puede acceder desde cualquier Estado miembro o desde en Noruega, Islandia o Liechtenstein, y los mediadores son seleccionados por las partes de una lista de entidades acreditadas que provee esta plataforma. Sin embargo, aunque existan varias opciones siempre habrá de escogerse una de las entidades sitas en el Estado miembro de residencia consumidor, y el profesional, en este caso la plataforma en línea de alojamientos turísticos habrá de estar establecido en los Estados miembros. El consumidor puede presentar la reclamación en contra del profesional en cualquier Estado miembro y en Noruega, Islandia o Liechtenstein pero el profesional sólo podrá presentar una reclamación contra un consumidor si éste reside en Bélgica, Alemania, Luxemburgo o Polonia, excluyendo los restantes Estados miembros y los países mencionados.

La plataforma de resolución de conflictos en línea se presenta como “un punto de entrada único para los consumidores y comerciantes”⁶³, que permite como mínimo centralizar y cuantificar las reclamaciones presentadas por los consumidores, en su idioma, aunque se enfrente a un comerciante extranjero⁶⁴.

⁶² Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004.

⁶³ F. Esteban de la Rosa, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: Radiografía de una transformación necesaria”, *Rev. Jur. Cons. Usur.*, n° 3, 2018, p. 42.

⁶⁴ *Ibid.*

Debe indicarse que dentro de la plataforma no se negocia o se llegan a acuerdos a través de los servicios prestados por esta de manera directa, es decir que, es apenas un acceso para que las partes, especialmente los consumidores, presenten sus reclamaciones por vía electrónica y de manera gratuita, teniendo a una entidad de resolución alternativa de conflictos como mediador⁶⁵.

La plataforma de resolución de litigios en línea de la UE se encuentra referida en las páginas web de las plataformas *Airbnb*, *Booking*, *VRBO* y *Tripadvisor*, las más relevantes de la UE⁶⁶, de conformidad con el art. 14 Reglamento (UE) n° 524/2013 que establece la obligación de los empresarios con establecimiento en la UE que suscriben contratos en este caso prestación de servicios en línea, de mostrar en sus páginas web el enlace a la plataforma de resolución de litigios en línea de la UE.

La propuesta de Reglamento mencionada anteriormente, el *Digital Services Act*, contempla en sus arts. 17 y 18 que las plataformas en línea establecerán un sistema interno de tramitación de reclamaciones eficaz para los destinatarios del servicio, con el objetivo de que estos presenten si lo desean reclamaciones a la plataforma en línea gratuita y electrónicamente. Una vez la decisión es tomada por la plataforma en línea, el art. 18 indica que el destinatario del servicio, tendrá la posibilidad presentar su reclamación ante un órgano de Resolución extrajudicial de litigios certificado por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro donde esté establecido este órgano. Únicamente los huéspedes-consumidores con domicilio o residencia en la Unión Europea contra plataformas en línea de alojamientos turísticos que tengan sede, establecimiento o presten sus servicios en la UE⁶⁷.

El cambio que traerá consigo tal obligación en el *Digital Services Act* sólo puede presentarse como positivo para los consumidores, por dos razones: la primera es que si bien existen plataformas con sistemas internos de tramitación de reclamaciones como *Airbnb*, otras plataformas no cuentan con este sistema lo cual, descarta un arreglo o compensación directa para los consumidores en caso de controversia, falencia que el *Digital Services Act* ha detectado y tiene el objetivo de enmendar y en segundo lugar, el *Digital Services Act* establece parámetros normalizados de reclamación para que el consumidor, pueda, en todas las plataformas, reclamar mediante un procedimiento estándar establecido por la norma y no por la plataforma, lo cual garantiza una protección más incisiva de sus derechos.

⁶⁵ F. Esteban de la Rosa, "Consumer Complaints Regime in the New European Law on Alternative and Online Consumer Dispute Resolution", *REDI*, vol. 69, n° 1, 2017, p. 116.

⁶⁶ Comisión Europea, Comunicado de prensa: "Commission reaches agreement with collaborative economy platforms to publish key data on tourism accommodation", del 5 marzo 2020 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_194].

⁶⁷ Considerando No. 7, *Digital Services Act*.

B) Colombia, México y Argentina

En Colombia, la conciliación se regula por la Ley 640 de 2001⁶⁸, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, quedando facultados centros de conciliación, ciertos servidores públicos y los notarios, siempre que la materia sea conciliable. En materia de consumo, la conciliación es prerequisite para acceder a la jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio⁶⁹, que si bien siendo una entidad administrativa, tiene facultades jurisdiccionales y conoce de las acciones de protección al consumidor en concordancia con los arts. 75 del Código de procedimiento civil colombiano⁷⁰ y 56–58 de la Ley 1480 de 2011, mencionada anteriormente como el Estatuto del Consumidor. El acuerdo conciliatorio es vinculante, y presta mérito ejecutivo. Los huéspedes–consumidores pueden acceder al este procedimiento conciliación pero la plataforma ha de tener sede o establecimiento de comercio en Colombia porque la SIC sólo puede conocer de procesos jurisdiccionales en contra de las entidades que vigila⁷¹.

En México, la conciliación especial para el consumidor, al igual que el arbitraje de consumo se realizan ante la Procuraduría Federal del Consumidor. El procedimiento de conciliación también es gratuito y se caracteriza por su rapidez⁷², y puede ser pre requisito para el arbitraje de consumo ante la misma Procuraduría, cuando se trata de una conciliación fallida o simplemente puede solicitarse como un procedimiento autónomo⁷³. Para la conciliación, la Procuraduría ha creado una versión en línea llamada plataforma *concilianet*, donde cualquier persona, o nuestro caso cualquier huésped–consumidor puede acceder a la plataforma, pero el profesional, la plataforma en línea de alojamientos turísticos con sede o establecimiento en México debe encontrarse registrada ante la Procuraduría para poder proceder a la conciliación⁷⁴.

En Argentina, existe conciliación de consumo, que es coordinada por la “Dirección Nacional” que tiene a su cargo el Registro Nacional de Conciliadores en las relaciones del Consumo (RENCCO) de acuerdo con el art. 4 de la Ley

⁶⁸ Ley 640 de 2001 de 5 de enero, Diario Oficial No. 44.303 de 24 enero 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones [https://www.oas.org/dil/esp/Ley_640_de_2001_Colombia.pdf].

⁶⁹ [<https://www.sic.gov.co/normas-jurisdiccionales>]. Fecha de consulta: 2 de julio d 2022.

⁷⁰ Decretos números 1400 y 2019 de 1970 (agosto 6 y octubre 26), Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.

⁷¹ Art. 57, Ley 1480 de 2011.

⁷² J.G. Steele Garza, *op. cit.*, p. 327.

⁷³ Información extraída de: [https://www.gob.mx/tramites/ficha/procedimiento-arbitral-ante-la-profeco/PR_OFECO143].

⁷⁴ [<https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/>].

26.993 de 2014⁷⁵, pero se trata de un ADR de dimensiones nacionales, al igual que la conciliación genérica de acuerdo con los parámetros de la Ley 24.573 de 4 octubre 1995, Mediación y Conciliación⁷⁶. Por tanto, no son herramientas útiles para el huésped-consumidor transfronterizo. Por último, el huésped-consumidor podría acceder a la “conciliación obligatoria/mediación previa” en caso de presentar una demanda judicial ante los tribunales argentinos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 26.589 de Abril 15 de 2010⁷⁷, que determina con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

V. CONCLUSIONES

En el contexto actual, el huésped tiene un mejor panorama de reclamación judicial y extrajudicial en su posición de consumidor frente a la plataforma en línea de alojamientos turísticos que frente al arrendador. Cuando presenta una solicitud de compensación por incumplimiento como arrendatario, los posibles mecanismos de reclamación ya no dependen de su lugar de domicilio sino del lugar donde esté sito el inmueble, por tanto, aunque la posibilidad de reclamación a esta parte contractual sea posible, la primera línea de defensa de los derechos del consumidor son los términos y condiciones de la plataforma, más específicamente sus condiciones de reembolso. Si el reembolso no ocurre, el huésped-consumidor puede disuadirse de presentar la reclamación, más aún porque suele tratarse de *small claims*.

En ocasiones los términos y condiciones de las plataformas inducen a error al huésped-consumidor indicándole que se encuentra sometido a una cláusula compromisoria o a ciertos tribunales sin incluir el del Estado del domicilio del consumidor. Someterse a arbitraje puede parecer entonces una opción inmersa en estos contratos de intermediación pero sólo pueden ser válidos cuando se pactan de manera posterior al litigio, y en jurisdicciones como Argentina existe una prohibición total al arbitraje en materia de consumo. La mediación en línea, es otra alternativa para el huésped-consumidor pero ha de tenerse en cuenta que su residencia debe estar situada en los Estados miembros y la plataforma en línea de alojamientos turísticos debe estar establecida en territorio de la Unión para acceder a esta plataforma de mediación.

Así las cosas, los huéspedes-consumidores con residencia en terceros países y los huéspedes-consumidores residentes en la UE que contraten con plataformas

⁷⁵ Ley 26.993 de 17 septiembre 2014, Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, publicada en Boletín Oficial de 19 septiembre 2014 [<https://www.argentina.gob.ar/justicia/mediacion/conciliacion-consumo>].

⁷⁶ Ley 24.573 de 4 octubre 1995, Mediación y Conciliación, publicada en Boletín Oficial de 27 octubre 1995, : [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=29037>].

⁷⁷ Boletín oficial de 6 mayo 2010 [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>].

foráneas también quedan excluidos del uso de la plataforma de resolución de litigios en línea de la UE. Debe decirse que las cuatro plataformas más relevantes cuentan con establecimientos de la UE, por tanto, el huésped–consumidor con domicilio en los Estados miembros es quien tiene total acceso a mediación en línea, teniendo en cuenta que en materia de conciliación o de arbitraje de consumo especial (gratuito y público) en ocasiones se exige que la plataforma tenga algún establecimiento o su sede social en el Estado latinoamericano seleccionado, disposición que se replica incluso para competencia judicial internacional en México y Argentina. Por último los mecanismos de conciliación son una alternativa viable para el huésped–consumidor pero debe tenerse en cuenta que son un preludio para el proceso judicial en unos casos como pre requisito, o en otros, para exigir el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, por cuanto, debe iniciarse un proceso ejecutivo, como en el caso de Colombia.

Visto lo anterior, es posible señalar que el huésped–consumidor se encuentra mejor protegido en materia de ADRs en su Estado de domicilio cuando la plataforma está establecida en ese Estado. Respecto de la UE la protección se extiende aunque la plataforma tenga domicilio en un Estado diferente al del huésped–consumidor. Sin embargo, cuando estas reglas no se cumplen, todos los ordenamientos jurídicos señalados eliminan o disminuyen considerablemente la protección de sus respectivos huéspedes–consumidores. Esta situación puede ser zanjada en la UE, por lo menos, con la aprobación del *Digital Services Act*, en el que el sistema interno de tramitación de reclamaciones gratuito y electrónico de cada plataforma en línea de alojamientos turísticos deberá ser puesto a disposición de los consumidores para presentar sus reclamaciones cuando estas se encuentren establecidas en la UE o cuando únicamente, presten sus servicios en territorio de la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Amayuelas, E.: “El derecho de las plataformas en la Unión Europea”, en E. Arroyo Amayuelas, Y. Martínez Mata, M. Rodríguez Font y M. Tarrés Vives, *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Canales Gutiérrez, S.: “Perspectivas comparadas de competencia judicial internacional en la UE y México en las controversias entre el huésped–consumidor y la plataforma digital de alojamiento turístico”, *Rev. Mex. Der. Int. Priv. Comp.*, n° 47, 2022.
- Carrizo Aguado, D.: “Trampantojo de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales”, *Cuad. Der. Trans.*, vol. 11, n° 2, 2019.
- Cortes, P. y Esteban de la Rosa, F.: “Building a Global Redress System for Low–Value Cross–Border Disputes”, *Int. Comp. Law. Quart.*, vol. 62, n° 2, 2013.
- Cuena Casas, M.: “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuad. Der. Trans.*, vol. 12, n° 2, 2020.
- Dumitru, O.I. y Viorel Tomescu, A.: “European Consumer Law in the Digital Single Market”, *Jur. Trib.*, vol. 10, n° 2, 2020.

- Esteban de la Rosa, F.: “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: Radiografía de una transformación necesaria”, *Rev. Jur. Cons. Usur.*, n° 3, 2018.
- Esteban de la Rosa, F.: “Consumer Complaints’ Regime in the New European Law on Alternative and Online Consumer Dispute Resolution”, *REDI*, vol. 69, n° 1, 2017, p. 116.
- Feliu Álvarez de Sotomayor, S.: “Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018.
- Font i Mas, M.: “Los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía “colaborativa” de plataformas digitales”, en: P. Jiménez Blanco, A. Espiniella Menéndez (dirs.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Helleringer, G. y Sibony, A.-L.: “European Consumer Protection through the Behavioral Lens,” *Col. Jour. Eur. Law.*, vol. 23, n° 3, 2017.
- Herrera De Las Heras, R. y González Rodríguez, S.: “La protección de los consumidores y el sistema extrajudicial de resolución de conflictos; una perspectiva comparada entre México y España”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, vol. 48, n° 142, 2015.
- Hondius, E.: “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *Journ. Cons. Pol.*, vol. 27, n° 3, 2004.
- Kamphorst, A.: “The Right to a Fair Trial in Online Consumer Dispute Resolution”, *Jour. Eur. Cons. Mar. law.*, n° 5, 2019.
- Lanni, S. y Barrientos Camus, F., “El consumidor latinoamericano: nuevos desafíos para la armonización del Derecho”, *Rev. Gen. Der. Pub. Com.*, n° 23, 2018.
- Martínez Mallada, F.: “El contrato de mediación digital en el marco de la economía colaborativa”, *Act. Jur. Iber.*, n° 16, 2022.
- Martínez Nadal, A.: “COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales?”, *IDP*, n° 32, 2021.
- Martínez Rodríguez, N.: “Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea”, *Aran.*, n° 1, 2018.
- Pagliantini, S.: “Una Mirada a la Protección Contractual del Consumidor en Italia”, *Rev. der. priv.*, vol. 28, 2015.
- Palao Moreno, G.: “Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado”, *Rev. Fac. Dir.*, vol. 47, n° 1, 2019, pp. 74-75.
- Palao Moreno, G.: “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en: M.J. Reyes López, (Coord.), *Derecho Privado del Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 73-76.
- Pazos Castro, R.: “Uber, Airbnb y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales”, *IDP*, n° 31, 2020.
- Porcelli, A.M.: “Regulación jurídica de los contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Rev. Elec. Inst. Inv.*, n° 15, 2015.
- Steele Garza, J.G.: “arbitraje de consumo: un largo camino hacia el arbitraje on-line internacional”, en: Gonzalo Quiroga, M., Gorjón Gómez, F.J. y Sánchez García, A., (coord.), *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Madrid, Dykinson, 2011.
- Tambussi, C.E.: “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el Derecho de consumidores y usuarios”, *LEX*, n° 22, 2018.
- Wright, E.: “Airbnb: The Household Name Becoming the New Kid on the Tax Block”, *University of Louisville Law Review*, vol. 56, n° 2, 2018.

Textos legales

Unión Europea

1. MARCO DE COOPERACIÓN INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE PAGO Y LAS ENTIDADES DE DINERO ELECTRÓNICO QUE PRESTEN SERVICIOS DE PAGO TRANSFRONTERIZOS (28 septiembre 2021)

El DO L 343 de 28.9.2021 publicó el *Reglamento Delegado (UE) 2021/1722 de la Comisión, de 18 de junio de 2021, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican el marco para la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida en el contexto de la supervisión de las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico que presten servicios de pago transfronterizos.*

Debe recordarse que esta Directiva, denominada “Directiva de servicios de pago PSD2” suministró la base jurídica para seguir avanzando en el desarrollo de un mercado interior más integrado de pagos electrónicos en la UE. Los servicios de pago permiten el depósito o retirada de efectivo de una cuenta de pago, así como todas las operaciones necesarias para utilizar la cuenta. Esto puede incluir la transferencia de fondos, el débito directo, las transferencias de crédito y los pagos con tarjeta. Las transacciones en papel quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Directiva.

Asimismo, la Directiva estableció normas exhaustivas para los servicios de pago, con el fin de

- conseguir que los pagos internacionales (dentro de la UE) sean tan fáciles, eficientes y seguros como los pagos realizados dentro de un único país, y de
- lograr una apertura de los mercados de pagos para permitir que entren nuevos actores y aumente la competencia, ofreciendo más opciones y mejores precios a los consumidores.

Objetivos

El presente Reglamento

- Establece el marco para la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida de conformidad con el título II de la Directiva (UE) 2015/2366 y, en la medida en que la actividad de prestación de servicios de pago se realice al amparo del derecho de establecimiento, para el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional por las que se transpongan los títulos III y IV de dicha Directiva. Con el fin de facilitar la comunicación y el intercambio de información con las autoridades competentes de otros Estados miembros, las autoridades competentes deben designar un punto de contacto único y notificarlo a la Autoridad Bancaria Europea (ABE) y a las autoridades competentes de los demás Estados miembros, con objeto de que estas sepan a quién deben dirigir sus solicitudes y notificaciones. Las autoridades competentes también deben indicar las lenguas en las que las autoridades competentes de otros Estados miembros podrán dirigirles su correspondencia.
- Establece los medios y los pormenores de toda información periódica que exijan las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida a las entidades de pago que tengan agentes o sucursales en su territorio acerca de las actividades de pago llevadas a cabo en su territorio, incluida la frecuencia de dicha información, de conformidad con el art. 29, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva (UE) 2015/2366.
- Se aplica, *mutatis mutandis*, al marco para la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida en lo que respecta al ejercicio del derecho de establecimiento o la libre

prestación de servicios por parte de las entidades de dinero electrónico, de conformidad con el art. 111 de la Directiva (UE) 2015/2366, incluidos los medios y los pormenores de cualquier información periódica exigida por las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida a las entidades de dinero electrónico que tengan agentes, sucursales o distribuidores en su territorio acerca de las actividades de pago y las actividades de dinero electrónico realizadas en su territorio, incluida la frecuencia de tal información, con arreglo al art. 29, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva (UE) 2015/2366.

2. CONDICIONES DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES CON FINES DE EMPLEO DE ALTA CUALIFICACIÓN (28 octubre 2021)

El DO L 382, de 28 de octubre de 2021 publicó la *Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo*. Esta disposición establece las condiciones de entrada y residencia durante más de tres meses en el territorio de los Estados miembros, así como los derechos, de los nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación y de los miembros de su familia. También regula y las condiciones de entrada y residencia, así como los derechos, de los nacionales de terceros países y de los miembros de su familia anteriormente referidos en los Estados miembros distintos del primer Estado miembro que haya concedido una tarjeta azul de la UE.

I. Antecedentes

La presente Directiva toma como referente directo la Comunicación de la Comisión de 13 de mayo de 2015 titulada “Agenda Europea de Migración” que abogaba por la instauración a escala de la Unión de un régimen que sea atractivo para los nacionales de terceros países altamente cualificados y por la necesidad de la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado con el fin de permitir a la Unión que contribuya más eficazmente a atraer talentos y permita, de este modo, encarar tanto los desafíos demográficos a los que se enfrenta la Unión como la escasez de mano de obra y de capacidades en los sectores clave de la economía de la Unión. El llamamiento a revisar dicha Directiva se reiteró en la Comunicación de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 “relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo”, que afirmó que la reforma de la tarjeta azul de la UE debía “aportar un verdadero valor añadido europeo a la hora de atraer capacidades a través de un instrumento eficaz y flexible a escala de la UE”.

II. Objetivos

La Directiva establece un régimen de admisión claro y transparente a escala de la Unión para atraer y mantener a trabajadores altamente cualificados de terceros países y para favorecer la movilidad de dichos trabajadores y se aplicará con independencia de que la residencia del nacional de un tercer país tenga por objetivo inicial la obtención de un empleo de alta cualificación o que sea con otros fines que cambien posteriormente a fines de empleo de alta cualificación. Además, la Directiva,

- tiene en cuenta las prioridades, las necesidades del mercado laboral y las capacidades de recepción de los Estados miembros;
- se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para expedir permisos de residencia nacionales distintos de las tarjetas azules de la UE con fines de empleo de alta cualificación;

- no deberá afectar a la posibilidad de que el titular de la tarjeta azul de la UE disfrute de otros derechos y beneficios al amparo del Derecho nacional que sean compatibles con la presente Directiva.

III. Obligaciones de los Estados miembros

Los Estados miembros deben garantizar

- unas condiciones equitativas entre la tarjeta azul de la UE y los permisos de residencia nacionales con fines de empleo de alta cualificación en términos de derechos procedimentales y de igualdad de trato, procedimientos y acceso a la información;
- que el nivel de garantías y derechos procedimentales concedidos a los titulares de la tarjeta azul de la UE y los miembros de su familia no sea inferior al nivel de garantías y derechos procedimentales del que gozan los titulares de permisos de residencia nacionales;
- que los solicitantes de una tarjeta azul de la UE no estén en una situación menos favorable que los solicitantes de un permiso de residencia nacional en lo que respecta a los procedimientos de reconocimiento de los empleadores, y que no estén obligados a pagar tasas más elevadas para la tramitación de su solicitud;
- el mismo nivel de actividades de información, de promoción y publicitarias con respecto a la tarjeta azul de la UE que con respecto a los permisos de residencia nacionales, por ejemplo en lo relativo a la información en los sitios web nacionales sobre migración legal, a las campañas de información, así como a los programas de formación destinados a las autoridades competentes en materia de migración.
- las actividades publicitarias y las campañas de información relativas a la tarjeta azul de la UE, cuando proceda, también las actividades y campañas dirigidas a terceros países.

IV. Acceso a la tarjeta azul

1. Beneficiarios de protección internacional

Con el fin de mejorar sus oportunidades en el mercado laboral en toda la Unión, los beneficiarios de protección internacional que estén altamente cualificados deben estar facultados para solicitar la tarjeta azul de la UE en Estados miembros distintos de aquel que les haya concedido protección internacional. En esos otros Estados miembros, deben estar sujetos a las mismas normas que cualquier otro nacional de un tercer país que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y esta última, no debe afectar en modo alguno al régimen que se les aplica en el Estado miembro que les ha concedido protección internacional. Los beneficiarios de protección internacional también están facultados para solicitar la tarjeta azul de la UE en el Estado miembro que les haya concedido la protección internacional.

2. Nacionales de terceros países

Para que puedan moverse con independencia dentro de la Unión y emprender actividades profesionales, los nacionales de terceros países altamente cualificados que gocen del derecho a la libre circulación deben tener acceso a la tarjeta azul de la UE con arreglo a las mismas normas que cualquier otro nacional de un tercer país que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.

Deben poder acogerse a esta facultad las personas que disfrutaban de derechos de libre circulación por tener lazos familiares con ciudadanos de la Unión con arreglo a la legislación pertinente; además, esta facultad debe aplicarse con independencia de que el ciudadano de la Unión de referencia haya ejercido el derecho fundamental de circular y residir libremente en virtud del art. 21 del TFUE, y con independencia de si el nacional de un tercer país interesado ha

sido en primer lugar titular de la tarjeta azul de la UE o beneficiario del derecho de libre circulación. Deben por tanto estar facultados para ocupar empleos de alta cualificación, realizar viajes profesionales y establecer residencia en diferentes Estados miembros, con independencia de que acompañen o no al ciudadano de la Unión de referencia.

3. Situaciones especiales

La presente Directiva no se aplica a los nacionales de terceros países que soliciten residir en un Estado miembro como investigadores para llevar a cabo proyectos de investigación, ya que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo que introdujo un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación. Sin embargo, los nacionales de terceros países en situación de residencia legal admitidos al amparo de la Directiva (UE) 2016/801, deben estar facultados para solicitar una tarjeta azul de la UE al amparo de la presente Directiva.

Los titulares de la tarjeta azul de la UE en situación de residencia legal también deben estar facultados para solicitar residir en calidad de investigadores al amparo de la Directiva (UE) 2016/801.

V. Sistema de admisión

La Directiva pretende

- un sistema de admisión flexible en función de la demanda, que sea claro y equilibrado y esté basado en criterios objetivos, como que el solicitante tenga un contrato de trabajo o una oferta firme de trabajo de al menos seis meses de duración, el cumplimiento del Derecho aplicable, los convenios colectivos o los usos nacionales en los sectores profesionales pertinentes, un umbral salarial que los Estados miembros puedan adaptar a la situación de su mercado de trabajo y que el solicitante tenga cualificaciones profesionales superiores o, en su caso, capacidades profesionales superiores;
- aplicarse sin perjuicio de los trámites nacionales de reconocimiento de títulos.

Para ello los Estados miembros deberán facilitar el reconocimiento de los documentos que acrediten las correspondientes cualificaciones profesionales superiores del nacional de un tercer país interesado y, por lo que respecta a los beneficiarios de protección internacional que puedan carecer de los documentos necesarios, establezcan mecanismos de evaluación y validación adecuados de sus anteriores cualificaciones de enseñanza superior o, en su caso, de capacidades profesionales superiores.

Para garantizar un grado suficiente de armonización de las condiciones de admisión en el conjunto de la Unión, se determina un factor superior y un factor inferior del umbral salarial. Los límites inferior y superior para establecer cada umbral salarial nacional deben determinarse multiplicando dichos factores inferior y superior por el salario bruto anual medio en el Estado miembro de que se trate. Para ello se elegirá un umbral salarial que esté dentro del intervalo marcado por los límites inferior y superior, previa consulta con los interlocutores sociales conforme a los usos nacionales. Dicho umbral salarial será el que determine el salario que han de ganar los titulares de una tarjeta azul de la UE.

Por consiguiente, para obtener una tarjeta azul de la UE, los solicitantes deben ganar un salario que sea igual o superior al umbral salarial elegido por el Estado miembro de que se trate.

VI. Ámbito de aplicación

El período de validez de la tarjeta azul de la UE será de al menos veinticuatro meses. No obstante, cuando la duración del contrato de trabajo sea menor, la tarjeta azul de la UE se expedirá al menos por la duración del contrato de trabajo más tres meses, por un máximo de

veinticuatro meses. Si el nacional de un tercer país es titular de un documento de viaje cuyo período de validez es inferior a veinticuatro meses o inferior a la duración del contrato de trabajo, la tarjeta azul de la UE se expedirá por un período al menos igual al período de validez del documento de viaje. Los nacionales de terceros países estarán autorizados a renovar su documento de viaje mientras sean titulares de una tarjeta azul de la UE

Por último, la Directiva regula los criterios de expedición, denegación y retirada de la tarjeta azul y los derechos de sus titulares en orden al acceso al mercado laboral, al disfrute del principio de igualdad de trato, las condiciones de reagrupación familiar de los solicitantes y el ámbito de la movilidad entre los Estados miembros.

3. MEJORAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO Y TRANSFORMACIÓN DE LA OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO EN UNA AGENCIA DE PLENO DERECHO (30 diciembre 2021)

El DO L 468 de 30.12.2021 publicó el *Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y el Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 439/2010*. Dicho Reglamento crea una Agencia de Asilo de la Unión Europea que sustituirá y sucederá a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) con el propósito de contribuir a garantizar la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de asilo en los Estados miembros de manera que se respeten plenamente los derechos fundamentales. La Agencia facilitará y apoyará las actividades de los Estados miembros en la aplicación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), también facilitando la convergencia en la evaluación de las solicitudes de protección internacional en toda la Unión y coordinando y reforzando la cooperación práctica y el intercambio de información.

[...]

4. ANTE LA CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS DESPLAZADAS PROCEDENTES DE UCRANIA LA UE ESTABLECE UN MECANISMO DE PROTECCIÓN TEMPORAL (Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo), de 4 de marzo de 2022)

El objetivo de la *Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal*, publicada en el DO L 71 de 4.3.2022, es iniciar la protección temporal para los nacionales ucranianos residentes en Ucrania desplazados desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha. Asimismo, debe iniciarse la protección temporal para los nacionales de terceros países distintos de Ucrania, desplazados de Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante y que disponían en Ucrania del estatuto de refugiado o de una protección equivalente antes del 24 de febrero de 2022.

[...]

5. LA UE SE ADHIERE AL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL DE 2 DE JULIO DE 2019 (29 agosto 2022)

El DO L 187 de 14.7.2022 publicó la *Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo de 12 de julio de 2022 relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil*. Dicho Diario Oficial publicó también el referido Convenio. La UE se adhirió al Convenio el 29 de agosto 2022)

La adhesión de la UE a este convenio tiene como objetivo facilitar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de la UE en países no pertenecientes a la UE, al tiempo que permite que las sentencias extranjeras se reconozcan y ejecuten en la UE solo cuando se respeten los principios fundamentales del derecho de la UE.

Hasta el momento, la Comisión ha negociado cuatro importantes convenios multilaterales en nombre de la Unión: el Convenio de Lugano con Noruega, Suiza e Islandia sobre jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, que básicamente amplía el sistema de la Unión a estos tres países; el Convenio de La Haya de 2007 sobre manutención de los hijos (ratificado por la UE en 2014) y su Protocolo sobre la ley aplicable (concluido en 2010) que garantizan la protección de los hijos y cónyuges que necesitan alimentos más allá de las fronteras de la UE; el Convenio de La Haya de 2005 sobre elección de foro, ratificado por la UE en 2015, que garantiza que se respete un tribunal elegido por las partes y se reconozca y ejecute la sentencia resultante, y el Convenio de La Haya de 2019 sobre sentencias, que establece un sistema integral para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o asuntos comerciales.

6. SUSPENSIÓN TOTAL DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LA FEDERACIÓN DE RUSIA SOBRE LA FACILITACIÓN DE LA EXPEDICIÓN DE VISADOS (9 septiembre 2022)

El DO L234 de 9.9.2022 publicó *Decisión (UE) 2022/1500 del Consejo de 9 de septiembre de 2022 sobre la suspensión total de la aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y de la Federación de Rusia*.

Esto significa que los ciudadanos rusos ya no disfrutarán de un acceso privilegiado a la UE y se enfrentarán a un proceso de solicitud de visado más largo, costoso y difícil. Los Estados miembros tendrán amplia discrecionalidad en la tramitación de las solicitudes de visado para estancias de corta duración de ciudadanos rusos, y podrá garantizar un mayor escrutinio con respecto a los ciudadanos rusos que viajan a la UE. La UE seguirá abierta a determinadas categorías de solicitantes de visados rusos que viajen con fines esenciales, incluidos, en particular, familiares de ciudadanos de la UE, periodistas, disidentes y representantes de la sociedad civil.

[...]

Legislación española

DISPOSICIONES GENERALES

7. REFORMA DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA PARA FAVORECER LA INTEGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS Y JÓVENES EXTUTELADOS (19 octubre 2021)

El BOE 20.10.2021 publicó el *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*, que modifica el régimen jurídico de menores y extutelados para favorecer su integración. Con la reforma aprobada hoy, se pone fin a la situación actual en la que, de facto, se impedía la inclusión de los menores no acompañados y los jóvenes extutelados.

La normativa actual provoca que muchos menores caigan en irregularidad sobrevenida al cumplir los 18 años, una situación causada por la rigidez de esa normativa que el Gobierno modifica. El Ministerio de Inclusión ha propuesto una serie de cambios en los arts. 196, 197 y 198 del Reglamento de Extranjería, con un nuevo régimen jurídico que promueve la inclusión de este colectivo y homologa la norma española con la de países de nuestro entorno. En concreto, el objetivo final de la reforma es promover la inclusión y reducir la vulnerabilidad de estas personas evitando que lleguen a la mayoría de edad menores extranjeros no acompañados indocumentados, consolidando que puedan acceder al mercado laboral a partir de los 16 años (y tras cumplir 18 años). Así, se establece un régimen propio para los jóvenes extutelados con requisitos más acordes a su realidad, alargando la duración de las autorizaciones de residencia y permitiendo que los jóvenes extutelados que ahora tienen entre 18 y 23 años y que se han visto abocados a la irregularidad sobrevenida puedan acceder a una autorización de trabajo.

De esta manera, se modifica el art. 196 del reglamento de extranjería para simplificar el procedimiento de documentación cuando son menores. En primer lugar, se reduce el plazo para acreditar la imposibilidad de retorno de 9 a 3 meses. Cuando se superen esos tres meses, las oficinas de extranjería documentarán de oficio a estas personas sin que este procedimiento interfiera en una posible repatriación. No obstante, si la repatriación procediera, se extinguiría la autorización concedida.

En segundo lugar, se incrementa la vigencia de la autorización inicial de uno a dos años (homogeneizando el plazo con otras normas) y de la autorización de renovación a tres años. En tercer lugar, se exime de la exigencia de acta notarial para la cédula de inscripción y se sustituye por un informe de la entidad de protección de menores. Finalmente, se consolida que las autorizaciones de residencia habiliten para trabajar cuando el menor alcance los 16 años.

Con la modificación de los arts. 197 y 198 del Reglamento de Extranjería, se crea un régimen propio para los menores no acompañados que alcanzan la mayoría de edad. Para aquellos que llegan a los 18 años documentados (art. 197), se establece un régimen propio sin referencias a residencia no lucrativa, lo que favorece la continuidad de la autorización que tenía como menor. Además, se reduce la acreditación de medios suficientes a una cuantía más adecuada (el Tribunal Supremo estableció en el 100% del IPREM el requisito económico para la autorización inicial y del 400% del IPREM en la segunda renovación), se fija como requisito la cuantía máxima de Ingreso Mínimo Vital que se tendría derecho a percibir como hogar unipersonal (470 euros al mes actualmente) y se permite que se computen los ingresos procedentes de un empleo o del sistema social.

En el caso de los menores que llegan a los 18 años sin documentar, se modifica el art. 198 para establecer un nuevo sistema para documentar a aquellos jóvenes que no lo están al llegar a la mayoría de edad. Estos jóvenes accederían a una autorización para residir y trabajar con los

misimos requisitos mencionados anteriormente. En ambos casos, tanto para quienes hayan llegado a la mayoría de edad documentados como sin documentar, se tendrán en cuenta los informes sobre esfuerzo de integración, continuidad de estudios o formación.

Finalmente, para aquellos jóvenes extutelados que tienen ahora entre 18 y 23 años y se encuentran indocumentados, se pone en marcha un procedimiento para que puedan acceder a la autorización prevista para los menores que llegan sin documentar a la mayoría de edad. De esta forma, se evita que queden en irregularidad sobrevenida y se generen situaciones de exclusión social.

El proceso de elaboración de este Real Decreto ha contado con una importante participación de particulares, entidades del tercer sector y comunidades autónomas. Durante el proceso de consulta pública se recibieron 122 aportaciones, mientras que en el trámite de información y audiencia pública hubo otras 15 contribuciones. Además, 11 Comunidades Autónomas participaron activamente en los trámites y realizaron una valoración positiva de la reforma; de igual modo, el Consejo de Estado se refirió a este cambio normativo subrayando “la relevancia y el ambicioso alcance de la reforma”. Todas estas contribuciones han ayudado a enriquecer el Real Decreto aprobado hoy.

La reforma aprobada en el Consejo de Ministros beneficiará a unas 15.000 personas aproximadamente.

En 2020, el Ministerio de Inclusión realizó varias mejoras en la normativa de este colectivo, como la instrucción SEM 1/2020, que habilitaba a los menores a trabajar a partir de los 16 años, de forma análoga al resto de menores, y el RD 19/2020, que otorgó autorización de trabajo y residencia por dos años para los jóvenes extutelados que trabajaron en el campo durante la pandemia. La mayoría de los jóvenes a los que se les dio esa autorización siguen hoy afiliados a la Seguridad Social y trabajan en sectores muy diversos.

8. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL A PERSONAS AFECTADAS POR EL CONFLICTO EN UCRANIA (9 marzo 2022)

El BOE 9.3.2022 publicó la *Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania*.

Esta orden tiene por objeto, en desarrollo del Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, regular normas complementarias para el reconocimiento individual de la protección temporal de las personas afectadas por el conflicto en Ucrania a las que se refieren la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la mencionada decisión.

[...]

[El mismo BOE publicó la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España].

9. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE LOS USUARIOS DE TRANSPORTE AÉREO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE COMPENSACIÓN Y ASISTENCIA EN CASO DE DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y OTROS (17 marzo 2022)

EL BOE 17.3.2022 publicó la *Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida*.

La presente Orden regula el procedimiento de resolución alternativa de los litigios sobre la aplicación los reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo, de conformidad con lo previsto en la citada disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Asimismo, se da cabida en el procedimiento a la resolución de litigios en línea regulados por el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

[...]

10. SISTEMA DE ACOGIDA EN MATERIA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (30 marzo 2022)

El BOE 30.3.2022 publicó el *Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional*.

El Consejo de Ministros ha aprobado un Real Decreto que establece el reglamento que regula el sistema de acogida con un triple objetivo: reforzar la eficiencia del sistema, estableciendo un catálogo armonizado de las condiciones de acogida y ajustando la capacidad a las necesidades; introducir un nuevo instrumento de financiación a largo plazo, como es el concierto social; y dotar de mayor seguridad jurídica al sistema con una norma (reglamento) equiparable al de países de nuestro entorno.

[...]

11. MEDIDAS HIPOTECARIAS Y DE GESTIÓN DE PAGOS EN EL EXTERIOR EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS APROBADAS POR LA UNIÓN EUROPEA EN RESPUESTA A LA INVASIÓN DE UCRAÑA (RDL 9/2022, de 26 de abril)

El BOE 27.4.2022 publicó el *Real Decreto-ley 9/2022, de 26 de abril, por el que se adoptan medidas hipotecarias y de gestión de pagos en el exterior en el marco de la aplicación de las medidas restrictivas aprobadas por la Unión Europea en respuesta a la invasión de Ucrania*. En dicha disposición se articula un sistema excepcional para que los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles puedan calificar y dar publicidad a los títulos inscribibles, facilitando que se haga efectiva la prohibición de disponer de bienes inscritos a nombre de personas físicas sancionadas o personas interpuestas.

[...]

12. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL (27 julio 2022)

El BOE 27.7.2022 publicó el *Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, 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, con el objetivo de mejorar el modelo migratorio español y sus procedimientos, en muchos casos lentos e inadecuados, lo que genera periodos prolongados de irregularidad, con altos costes sociales y económicos. Las modificaciones normativas persiguen favorecer la incorporación al mercado laboral de las personas que se encuentran en España, reforzar las vías de migración regular y mejorar el sistema de gestión.

Para facilitar la incorporación al mercado laboral de las personas que están en España, se realizan tres importantes modificaciones. En primer lugar, se mejora la normativa para favorecer la permanencia de los estudiantes, incrementando sus posibilidades de trabajar y atrayendo con ello talento internacional. En este ámbito, se permite que los estudiantes compaginen trabajo y formación, siempre que sean compatibles con los estudios realizados y no superen las 30 horas semanales y se eliminan las restricciones a la incorporación de los estudiantes al mercado laboral tras la finalización de los estudios (hasta ahora era necesaria una estancia de tres años en España para poder obtener un permiso de trabajo).

Elementos conformadores

En primer lugar, la necesidad de actualizar y mejorar de la actual normativa migratoria vinculada al ámbito laboral, que resulta desfasada para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo actualmente. Figuras como el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, deben ser debidamente actualizadas para generar un mecanismo ágil y eficaz para gestionar las necesidades reales de las empresas.

El inadecuado reflejo de las necesidades de las empresas en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura puede generar un “efecto embudo”, al no poder acceder a la mano de obra requerida en sus diferentes modalidades. En su defecto, han de acudir a procedimientos administrativos complejos, con elevados costes de tramitación y que se dilatan en el tiempo, que desincentivan la llegada de trabajadores por vías regulares y terminan en algunos casos impulsando el florecimiento de la economía sumergida con el tránsito a la misma de personas que acceden al mercado laboral a través de figuras colaterales como la de solicitud de protección internacional.

A este escenario de constatación de necesidades del mercado de trabajo, se contraponen la existencia de personas en situación irregular que desean trabajar y que se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancia excepcionales y, más en concreto, a los denominados arraigos laboral y social.

La normativa que se pretende reformar exige, en el caso del arraigo laboral, que el extranjero haya permanecido en España durante dos años y haya trabajado de manera regular o irregular durante un período acreditado de seis meses. Aunque en principio la norma estaba prevista para personas en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado también por personas que hayan trabajado de manera regular y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud.

En el caso del arraigo social, la norma actualmente exige que la persona extranjera acredite un período de permanencia en España durante tres años y tenga vínculos familiares o aporte un informe que acredite su inserción en la sociedad española. Pero también le exige que deba aportar un contrato con una duración mínima de un año.

Es más que razonable pensar que durante los períodos de tiempo que exige la norma, para sobrevivir, estas personas han estado trabajando de manera irregular, especialmente en el caso del arraigo social, por lo que parece también razonable articular medidas que permitan avanzar en el ajuste del mercado laboral español desde una perspectiva de regularidad documental.

Por todo ello se propone reformar la determinación de la situación nacional de empleo, recogida en el art. 65 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de cara a

conformar un Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura que permita una fotografía más exacta de las necesidades del mercado de trabajo; una mejora en los procedimientos de la gestión de la contratación en origen y de la migración circular, fidelizando a aquellas personas que cumplan con todos los compromisos adquiridos, especialmente el de retorno, con la reforma de los arts. 167 a 170 del citado reglamento; una adecuación de los arraigos laboral, social y familiar a la realidad laboral y social actual; y la creación de una nueva figura de arraigo, el arraigo para la formación, con la reforma del art. 124.

Se ha puesto de manifiesto la necesidad de la formación para suplir las carencias que encuentran actualmente las empresas españolas. Se propone, de modo similar al que Alemania denomina estancia tolerada, que personas que se encuentren en España en situación irregular y cumplan un compromiso efectivo de formación puedan obtener una autorización de residencia. Esto permitirá una doble consecuencia: por un lado, se podrá obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas; por otra parte, se procederá a incorporar al mercado laboral a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular.

En segundo lugar, la transposición de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, se llevó a cabo en España preservando la premisa de que la acción básica del estudiante extranjero en España era su actividad formativa.

Esta circunstancia determinó que el tránsito entre la categoría de estudiante a la de trabajador no fuera automático, estableciendo que los estudiantes extranjeros no puedan trabajar salvo excepciones en España de manera simultánea con los estudios, ya que, entre otras consideraciones, el salario que pudieran obtener no podía servir para su sostenimiento económico. La Directiva (UE) 2016/ 801, de 11 de mayo de 2016, establece un margen de discrecionalidad a los Estados miembros más amplio para que se pueda compatibilizar la realización de un empleo con los estudios.

Con el nuevo régimen que plantea esta reforma, que afecta a los arts. 37, 42, y 199 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se da respuesta a una demanda planteada por estudiantes e instituciones universitarias. También se fomenta la internacionalización de las Universidades españolas a través de un sistema más favorable para la atracción de estudiantes.

En tercer lugar, se aborda la reforma del régimen de actividades por cuenta propia, con la reforma de los arts. 71, 72, 105 y 109 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La normativa reglamentaria actual no facilita el emprendimiento por parte de personas extranjeras; especialmente con carácter inicial. A las trabas documentales se une el hecho de considerarse que el trabajador por cuenta propia sólo podía estar vinculado a una gran inversión, soslayando la figura del emprendedor individual que se limita a la inversión mínima de acuerdo con las características de su proyecto laboral y que tiene como objetivo el auto empleo. A la vez, se ha determinado en el ámbito de las renovaciones, la máxima compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia para incentivar el emprendimiento entre las personas migrantes, al tiempo que se extiende su vigencia hasta los cuatro años.

Finalmente, se pretende mejorar la tramitación de expedientes a través de una nueva unidad administrativa, creada a través de la Disposición adicional única. La tramitación media de una autorización para residir y trabajar alcanza varios meses. A ello se une la limitada capacidad de las Oficinas de Extranjería para dar respuesta rápida y eficaz a las demandas que la población extranjera y las empresas requieren, tanto para autorizaciones iniciales como para las renovaciones de dichas autorizaciones.

Se hace necesario avanzar en un nuevo modelo de Oficina que garantice el legítimo interés de las empresas a obtener sin mayores dificultades burocráticas, divergencias en criterios de

tramitación o concesión, o retrasos en las autorizaciones y el legítimo interés para las propias personas extranjeras, ya que ambos ven mermada su seguridad jurídica. Las particularidades de los trámites de extranjería permiten apostar por una estrategia específica e innovadora.

Cualquier solución a medio plazo para las Oficinas de Extranjería debe necesariamente pasar por el refuerzo de sus relaciones de puestos de trabajo, la mejora del atractivo de los puestos, la adecuada dotación económica de estos puestos, especialmente en comparación con puestos equivalentes en otras ramas de la administración territorial, y medidas destinadas a la retención del talento.

El mandato de creación de una Unidad flexible, centralizada, que pueda prestar apoyo a las Oficinas en la tramitación, se propone como un paso decidido hacia la innovación en la gestión de la extranjería, basada en principios de deslocalización y tramitación electrónica, que sea un punto de inflexión en el servicio prestado al ciudadano.

Mejoras en la migración regular y en la gestión

En cuanto a las medidas de refuerzo de la migración regular, la normativa incorpora tres grandes novedades. En primer lugar, una racionalización de los requisitos exigidos para los trabajadores autónomos procedentes de terceros países; en segundo lugar, una mejora de los trámites de contratación en origen mediante la incorporarán automática al Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura de aquellas ocupaciones pertenecientes a los sectores económicos que se determinen por acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y una reducción de plazos.

Finalmente, la normativa también mejora el modelo de migración circular, dotando de mayor estabilidad a trabajadores y empresas y reduciendo las cargas administrativas. En este sentido, las autorizaciones serán plurianuales y habilitarán a trabajar 9 meses al año durante 4 años y este modelo podrá ser utilizado por cualquier sector en el que exista déficit de trabajadores.

Por último, el real decreto también incorpora mejoras en la gestión administrativa mediante la reducción de cargas y la creación de la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería (UTEX), de forma que se agilicen los trámites, se avance hacia la ventanilla única y se homogeneice la aplicación de la normativa de extranjería en todos los territorios. Además, la reforma también introduce mejoras en la tramitación en las Oficinas Consulares.

Esta reforma del reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería profundiza en la aprobada en otoño de 2021 para favorecer la inclusión de los menores no acompañados y jóvenes extutelados, que ha beneficiado a más de 10.000 personas en poco más de seis meses en vigor.

13. LO DISPUESTO EN LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN SE ENTIENDE SIN PERJUICIO DE LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE EXTRANJERÍA (13 julio 2022)

El BOE 13.7.2022 publicó la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*. Como principal marco regulatorio se hace referencia al art. 14 CE que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social. Además, el apartado segundo del art. 9 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva. Así, la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas. Su vinculación inmediata con la dignidad de la persona, uno de los fundamentos, según el art. 10 de la Constitución, del orden político y de la paz social, expresa además el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa.

Asimismo, la no discriminación se articula como un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Dentro del marco de Naciones Unidas hay que destacar también dos importantes instrumentos jurídicos adoptados en 1966, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 26 configura la no discriminación como un derecho de carácter autónomo y general.

La ley que se presenta tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas. En definitiva, no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas.

En efecto, la evolución de nuestra sociedad exige una respuesta más amplia y eficaz para abordar los retos que tiene por delante en materia de inclusión, ciudadanía y disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación. En España hemos vivido con éxito un proceso de apertura y respeto de la diversidad y pluralidad, que ha conllevado un reconocimiento legal de derechos de la ciudadanía y es necesario, consiguientemente, disponer de una herramienta que permita de manera efectiva que puedan disfrutar de estos todas las personas, con independencia de cualquier circunstancia personal o social. Asimismo, este proceso de apertura, de la mano del desarrollo económico y social, ha dado lugar a una diversificación mayor de la ciudadanía, cuya convivencia y cohesión tiene que garantizarse a través del reconocimiento de la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad, que, tal y como reconoce el art. 10 de la Constitución, son fundamentos del orden público y la paz social.

Dentro del articulado destaca su Disposición adicional cuarta que dispone la no afectación de la legislación en materia de extranjería. Lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio de la regulación establecida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en su normativa de desarrollo.

14. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL OPERADA POR LA LO 7/2022 ESTABLECIENDO UN NUEVO SISTEMA COMPETENCIAL DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL (28 julio 2022)

El BOE 28.7.2022 publicó la *Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil*.

[...]

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda modificada en los términos siguientes:

[...]

Seis. Se modifica el art. 86 bis queda redactado como sigue:

“Art. 86 bis.

1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de propiedad intelectual e industrial; competencia desleal y publicidad; sociedades mercantiles, sociedades cooperativas, agrupaciones de interés económico; transporte terrestre, nacional o internacional; derecho marítimo, y derecho aéreo.

Por excepción a lo establecido en el párrafo anterior, los Juzgados de lo Mercantil no serán competentes para conocer de las cuestiones en materia de daños derivadas de la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado previstas en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999; ni de las cuestiones previstas en el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91; en el Reglamento (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril; en el Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004; y en el Reglamento (UE) nº 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004.

2. Los Juzgados de lo Mercantil igualmente serán competentes para conocer de las acciones relativas a la aplicación de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de los arts. 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de las pretensiones de rescimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.

3.. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán igualmente de los recursos directos contra las calificaciones negativas de los registradores mercantiles o, en su caso, contra las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública relativas a esas calificaciones.”

Siete. Se modifica el art. 86 ter que queda redactado como sigue:

“Art. 86 ter.

1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de concurso de acreedores, cualquiera que sea la condición civil o mercantil del deudor, de los planes de reestructuración y del procedimiento especial para microempresas, en los términos establecidos por el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

2. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1.^a Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

2.^a Las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en la legislación concursal.

3.^a La determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

4.^a La declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social.

5.^a Las medidas cautelares que afecten o pudieran afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la

autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

6.^a Las demás materias establecidas en la legislación concursal.

3. Cuando el deudor sea persona natural, la jurisdicción del juez del concurso será también exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1.^a Las que en el procedimiento concursal deba adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

2.^a La disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado.

4. Cuando el deudor sea persona jurídica, la jurisdicción del juez del concurso será también exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1.^a Las acciones de reclamación de deudas sociales que se ejerciten contra los socios de la sociedad concursada que sean subsidiariamente responsables del pago de esas deudas, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran contraído, y las acciones para exigir a los socios de la sociedad concursada el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

2.^a Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra las personas, cualquiera que sea su denominación, que tengan atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

3.^a Las acciones de responsabilidad contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

5. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en la legislación concursal, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

La suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con este carácter.

6. La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, sin más excepciones que las establecidas en la legislación concursal, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal. La decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto fuera del concurso de acreedores en que se produzca.”

Ocho. Se añade un nuevo art. 86 quater con la siguiente redacción:

“Art. 86 quater.

Los Juzgados de lo Mercantil serán competentes para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras cuando éstas versen sobre cualquiera de las materias a que se refieren los dos artículos anteriores, salvo que, según los tratados y otras normas internacionales, el conocimiento de esa materia corresponda a otro juzgado o tribunal.”

Nueve. Se añade un nuevo art. 86 quinquies con la siguiente redacción:

“Art. 86 quinquies.

1. Además de la competencia para conocer con jurisdicción en toda la provincia de las materias a que se refieren los dos artículos anteriores, los Juzgados de lo Mercantil con sede en la ciudad de Alicante tendrán competencia exclusiva para conocer en primera instancia con jurisdicción en todo el territorio nacional de aquellas acciones que se ejerciten al amparo de lo establecido en el Reglamento (UE) 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, y del Reglamento (CE) nº 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios.

2. A los solos efectos de la competencia específica a que se refiere el apartado anterior, esos juzgados se denominarán Juzgados de Marca de la Unión Europea.

3. Los Juzgados de Marca de la Unión Europea tendrán también competencia exclusiva para conocer de aquellas demandas civiles en las que se ejerciten acumuladas acciones relativas a marcas de la Unión y a marcas nacionales o internacionales idénticas o similares; y de aquellas en las que existiera cualquier otra conexión entre las acciones ejercitadas si al menos una de ellas estuviera basada en un registro o solicitud de marca de la Unión.”

[...]

15. DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL (6 septiembre 2022)

El BOE 6.9.2022 publicó la *Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).*

La reforma afecta a numerosos aspectos del libro primero, cambia totalmente el sistema de precurso en un nuevo libro segundo, y crea un novedoso libro tercero dedicado a los procedimientos de insolvencia de microempresas. Busca agilizar los procedimientos de insolvencia en España, y cumplir con la transposición de la Directiva europea sobre marcos de reestructuración.

La presente ley tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición..

Objetivos

La presente ley pretende afrontar este conjunto de limitaciones mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia.

En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del

concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos concursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

A su vez, la ley reforma el procedimiento concursal para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. En el diseño de estos procedimientos se ha prestado especial atención a las microempresas, que constituyen en torno al 94% de las empresas españolas, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han tenido un uso escaso y el concurso tiene unos elevados costes fijos que detraen los escasos recursos disponibles para los acreedores. Por ello, la ley introduce un procedimiento de insolvencia único, en el doble sentido de que pretende encauzar tanto las situaciones concursales (de insolvencia actual o inminente) como las preconcursales (probabilidad de insolvencia) y que se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Este procedimiento está especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizándose, por tanto, por una simplificación procesal máxima.

Por último, la ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

Texto articulado

[...]

Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

El texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, queda modificado como sigue:

[...]

Dicinueve. Se modifica el apartado 2 del art. 49, que queda redactado como sigue:

“2. Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará concurso territorial, se limitarán a los bienes y derechos del deudor, afectos o no a la actividad de ese establecimiento, que estén situados en territorio español. En el caso de que sobre los bienes y derechos situados en el extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas sobre reconocimiento de procedimientos extranjeros y coordinación de procedimientos paralelos previstas en el libro cuarto”.

[...]

Ciento cincuenta y dos. Se modifica el libro segundo, integrado por los arts. 583 a 684, con la siguiente rúbrica y contenido:

[...]

“LIBRO SEGUNDO

Del Derecho preconcursal

[...]

TÍTULO II

De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

CAPÍTULO I

De la comunicación

[...]

Art. 587. *Comunicación conjunta*. 1. Las personas que pueden solicitar la declaración conjunta de los respectivos concursos de acreedores podrán realizar una comunicación conjunta. En el caso de grupos de sociedades, podrá efectuarse la comunicación sin necesidad de incluir a la sociedad dominante ni a todas las sociedades del grupo.

2. La información a que se refiere el artículo anterior se facilitará desglosada por cada una de las personas que efectúe conjuntamente la comunicación. En la comunicación se expresarán, además, las relaciones existentes entre todas y cada una de ellas, los créditos y las deudas recíprocos y las garantías de cualquier clase que se hubieran otorgado.

3. La competencia para conocer de la comunicación conjunta corresponderá al juzgado del lugar donde tenga el centro de intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, si no estuviera incluida en la comunicación, el de la sociedad de mayor pasivo.

Art. 588. *Resolución sobre la comunicación*. 1. En el plazo máximo de dos días, si el letrado de la Administración de Justicia estima que, con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial, el juzgado es competente y comprueba que la comunicación no presenta defectos formales, la tendrá por efectuada por medio de decreto con efectos a la fecha en la que se hubiera presentado, con formación de los correspondientes autos.

2. Cuando el letrado de la Administración de Justicia estime que la comunicación presenta defectos, concederá al solicitante el plazo de dos días para que la subsane. Una vez subsanados los defectos, dictará resolución teniendo por realizada la comunicación con efectos desde la fecha en que se hubiera presentado.

En caso de falta de subsanación, el letrado de la Administración de Justicia dictará resolución teniéndola por no efectuada.

3. La resolución teniendo por efectuada la comunicación se dictará sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado.

4. Si a la fecha de la comunicación se hubiera admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario del deudor, la comunicación no producirá ningún efecto hasta que se resuelva esta solicitud.

Art. 589. *Control de la competencia internacional y territorial*. Cuando el letrado de la Administración de Justicia estime que, con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial, el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, dará cuenta de inmediato al juez, quien oír al solicitante y al Ministerio Fiscal por el plazo común de cinco días, resolviendo al siguiente mediante auto. Contra el auto que declare la falta de competencia internacional o territorial se podrá interponer recurso de apelación.

Art. 590. *Contenido de la resolución.* 1. La resolución expresará la identidad del deudor o deudores que hubieran realizado la comunicación; los motivos en los que se funde la competencia internacional y territorial del juzgado al que se ha dirigido la comunicación y, en particular, si se basa en la localización del centro de los intereses principales o de un establecimiento del deudor; la fecha de la comunicación y de la resolución teniéndola por efectuada o no efectuada; el importe del pasivo total expresado en la comunicación, y si se hubiera nombrado a experto en la reestructuración, la identidad de este.

2. Si en la comunicación se hubiera expresado que se siguen ejecuciones contra bienes o derechos que el deudor considera necesarios para la continuidad de su actividad empresarial o profesional, o que determinadas garantías otorgadas por terceros han de quedar afectadas por la comunicación, en la resolución se identificarán esas ejecuciones y estas garantías. En el mismo día de la resolución el letrado de la Administración de Justicia la remitirá por medios electrónicos a cada una de las autoridades judiciales que esté conociendo de las ejecuciones a efectos de proceder a su suspensión.

3. Cualquier acreedor podrá interponer recurso de revisión contra la resolución por los siguientes motivos:

1.º Que el deudor hubiese presentado una comunicación dentro del año anterior;

2.º Que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones o frente a los que se pretende iniciarlas no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; o

3.º Que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas por terceros.

El plazo para la interposición del recurso será de cinco días a contar desde la inscripción de la resolución en el Registro público concursal o, en el caso de ejecuciones en tramitación, desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda.

Art. 591. *Publicidad de la resolución.* La resolución que tenga por efectuada la comunicación se publicará en el Registro público concursal, salvo que en la propia comunicación el deudor hubiera solicitado que se mantuviera reservada. En cualquier momento el deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación.

Art. 592. *Declinatoria.* 1. Cualquier acreedor podrá formular declinatoria por falta de competencia internacional o territorial en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el Registro público concursal de la resolución teniendo por formulada la comunicación o, en el caso de que tuviera carácter reservado, desde el momento en que hubiere tenido conocimiento de esa comunicación.

2. La declinatoria ha de presentarse ante el juez, quien la tramitará y decidirá de conformidad con lo previsto en la legislación procesal civil.

Art. 593. *Carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción.* El juzgado competente para conocer del concurso conocerá, con carácter exclusivo y excluyente, de la comunicación; de los efectos de la comunicación que requieran decisión judicial; de la prórroga de los efectos de la comunicación; y de las impugnaciones de las decisiones judiciales sobre esas materias.

[...]

Ciento cincuenta y cinco. Se añade un nuevo art. 745 bis al título III del libro cuarto con la siguiente redacción:

“Art. 745 bis. Contratos de trabajo sometidos a la ley española.

En el caso de que se haya abierto un concurso principal en el extranjero y sus efectos sean reconocidos en España, con arreglo a esta ley o cualquier otra norma de la Unión Europea o convencional aplicables, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales sometidas al derecho español se regirán exclusivamente por esta ley. Si, conforme a esta ley, la competencia en materia laboral hubiese correspondido al juez del concurso, el juez de lo mercantil que habría sido competente para abrir un procedimiento de insolvencia territorial será competente para aprobar la extinción o modificación de esos contratos, aunque no se haya incoado ningún procedimiento concursal en España”.

[...]

Ciento cincuenta y seis. Se añade un nuevo título V al libro cuarto, integrado por los arts. 753 a 755, con la siguiente rúbrica y contenido:

“TÍTULO V

De las especialidades del Derecho preconcursal

Art. 753. *Regla general.* 1. Las normas de Derecho internacional privado establecidas en esta ley se aplicarán, con las adaptaciones pertinentes, a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y a los planes de reestructuración regulados en el libro segundo.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, los títulos III y IV se aplicarán a los procedimientos de reestructuración preventiva extranjeros siempre que estos procedimientos sean funcionalmente equivalentes a los regulados en esta ley. Se presumirá que existe equivalencia funcional cuando se trate de procedimientos colectivos, basados en la legislación en materia de insolvencia, y cuyo fin sea la reestructuración del deudor o de su empresa, para garantizar su viabilidad y evitar la insolvencia.

Art. 754. *Especialidades en materia de ley aplicable.* Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y de la homologación del plan de reestructuración reguladas en el libro segundo de esta ley se someterán a lo dispuesto en ese libro y tendrán alcance universal. En particular, no se aplicarán las reglas especiales previstas en los arts. 723 a 731, salvo la prevista el art. 726 para los derechos sobre valores, sistemas de pagos y mercados financieros.

Art. 755. *Competencia judicial internacional respecto de filiales extranjeras.* Cuando los tribunales españoles sean competentes para conocer de los procedimientos que se regulan en el libro segundo en relación con la sociedad matriz de un grupo de sociedades, podrán extender su competencia en relación con sociedades filiales cuyo centro de intereses principales se localice fuera de España, si concurren los siguientes requisitos:

1.º Que la sociedad matriz haya instado la comunicación regulada en el libro segundo o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración.

2.º Que la comunicación o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservada en relación con las filiales, en cuyo caso ni la comunicación ni las resoluciones sobre la homologación del plan respecto de las filiales se publicarán en el Registro público concursal. Estas resoluciones se dictarán separadamente de las resoluciones relativas a la sociedad matriz.

3.º Que la extensión de la competencia sobre las filiales resulte necesaria para garantizar el buen fin de las negociaciones de un plan de reestructuración o la adopción y cumplimiento del plan.

En cualquier caso, la competencia solo alcanzará a los acreedores contractuales comunes a la sociedad matriz y a las filiales”.

[...]

Disposición final novena. Modificación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Se añaden cuatro nuevos apartados al art. 4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, quedando su contenido actual como apartado 1, en los términos siguientes:

“2. El juez español deberá informar a la autoridad judicial extranjera de los términos en que se vaya a desarrollar la comunicación y de la forma en que se dejará constancia de ella.

3. En caso de que la comunicación se haga por escrito, y si el juez lo considera necesario, recabará la asistencia de un traductor. Si lo considera conveniente, y con carácter previo a la comunicación, dará audiencia a las partes para que formulen las alegaciones o peticiones que estimen oportunas. En todo caso, una vez terminada la comunicación, se dejará constancia de su contenido en las actuaciones y se dará traslado a las partes.

4. En caso de que la comunicación se efectúe de manera oral, y si el juez lo considera necesario, recabará la asistencia de un intérprete. Si lo considera conveniente, y con carácter previo a la comunicación, dará audiencia a las partes para que formulen las alegaciones o peticiones que estimen oportunas. De ser posible, y siempre que lo considere adecuado, el juez podrá permitir la presencia de las partes durante el desarrollo de la comunicación. En todo caso, una vez terminada la comunicación, se dejará constancia de su contenido mediante grabación u otro medio, que se incorporará a las actuaciones y del que también se dará traslado a las partes.

5. En cualquier caso, el juez adoptará las medidas oportunas para preservar la confidencialidad de la información objeto de comunicación que tenga esa naturaleza”.

[...]

16. MODIFICACIONES A LA LEY DE EXTRANJERÍA EFECTUADAS POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (7 septiembre 2022)

El BOE 7.9.2022 publicó la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, cuyo ámbito de aplicación comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

Esta disposición contiene una serie de preceptos que inciden en el Derecho de extranjería:

[...]

Art. 36. *Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.* Las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. Asimismo, tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente.

[...]

CAPÍTULO II

Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

Art. 38. *Derechos laborales y de Seguridad Social.* 1. Las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

El período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

2. Las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[...]

Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Se modifica el art. 31 bis, que queda redactado como sigue:

“Art. 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales.

1. Las mujeres extranjeras, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en caso de que sean víctimas de violencia de género; y los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en caso de que sean víctimas de violencias sexuales; así como, en ambos casos, a las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género o de violencia sexual contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del art. 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una

autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de dieciséis años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género o de violencia sexual, incluido el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del art. 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.”

17. CUESTIONES DEL TRÁFICO EXTERNO REGULADAS EN LA LEY 18/2022, DE 28 DE SEPTIEMBRE, DE CREACIÓN Y CRECIMIENTO DE EMPRESAS (29 septiembre 2022)

El BOE de 29.9.2022 publicó la *Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas*. Su objetivo no es el aumento del tamaño empresarial per se, ya que este depende de la interacción entre el empresario y la respuesta del mercado sino, por un lado, facilitar la creación de nuevas empresas y, por otro, reducir las trabas a las que se enfrentan en su crecimiento, ya sean de origen regulatorio o financiero para lograr con ello un incremento de la competencia en beneficio de los consumidores, de la productividad de nuestro tejido productivo, de la resiliencia de nuestras empresas y de la capacidad para crear empleos de calidad.

[...]

Art. 4. *Agenda Electrónica Notarial*. 1. Todos los notarios deben estar disponibles en la Agenda Electrónica Notarial y en disposición de llevar a cabo la constitución de sociedades a través de CIRCE.

2. El notario no podrá rechazar ningún trámite de constitución iniciado a través del sistema CIRCE y el Documento Único Electrónico. En el caso de que hubiese una causa justificada para el rechazo deberá comunicárselo a CIRCE y al Consejo General del Notariado a través del propio sistema CIRCE, de forma que resulte probada la notificación.

3. Lo dispuesto en este artículo debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de constituir sociedades mediante documento público extranjero extrajudicial, de conformidad con la legislación de cooperación jurídica internacional. Tales documentos podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria y en la legislación de cooperación jurídica internacional.

[...]

Art. 5. *Modificación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*.

Cinco. Se modifica el art. 15, que queda redactado como sigue:

“Art. 15. Constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura pública con formato estandarizado y estatutos tipo.

1. Los fundadores de una sociedad de responsabilidad limitada podrán optar por la constitución de la sociedad mediante escritura pública con formato estandarizado y estatutos tipo, cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente.

2. Se utilizará en este caso:

a) El Documento Único Electrónico (DUE) regulado en la disposición adicional tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

b) El sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE).

c) Los modelos simplificados de los estatutos-tipo en el formato estandarizado, cuyo contenido, que deberá estar disponible en todas las lenguas oficiales en todas las Comunidades Autónomas, se desarrollará reglamentariamente.

d) Asimismo, se podrán utilizar modelos simplificados de apoderamientos en el formato estandarizado, cuyo contenido con facultades estandarizadas y codificadas se desarrollará reglamentariamente también en todas las lenguas oficiales de todas las Comunidades Autónomas.

3. En los Puntos de Atención al Emprendedor y de manera simultánea:

a) Se cumplimentará el Documento Único Electrónico y se iniciará la tramitación telemática, enviándose a cada organismo interviniente por vía electrónica, la parte del DUE que le corresponda para realizar el trámite de su competencia.

Los documentos redactados en lengua extranjera se acompañarán de una traducción al castellano o a otra lengua oficial en la provincia del domicilio social por traductor jurado. Esta disposición se entiende sin perjuicio del régimen lingüístico aplicable en las Comunidades Autónomas en las que otras lenguas españolas distintas del castellano son también oficiales. Los documentos públicos extranjeros deberán ir provistos de la correspondiente apostilla o legalización diplomática, salvo en los casos exceptuados por disposición de la ley o de los convenios internacionales vigentes en España. En todo caso, la intervención de Cónsul que otorgue dichos documentos, en funciones notariales, así como la legalización por autoridades españolas de documentos notariales otorgados en el extranjero, quedarán sujetas a las obligaciones tributarias establecidas en el ordenamiento tributario español.

b) Se solicitará la reserva de la denominación al Registro Mercantil Central, incluyendo hasta cinco denominaciones sociales alternativas, de entre las cuales el Registro Mercantil Central emitirá el correspondiente certificado negativo de denominación siguiendo el orden propuesto por el solicitante, dentro de las 6 horas hábiles siguientes a la solicitud.

La denominación podrá ser de la bolsa de denominaciones con reserva prevista en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Se concertará inmediatamente la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución mediante una comunicación en tiempo real con la agenda electrónica notarial obteniéndose los datos de la notaría y la fecha y hora del otorgamiento. La fecha y hora del otorgamiento en ningún caso será superior a doce horas hábiles desde que se inicia la tramitación telemática conforme a la letra a).

4. El notario:

a) En la fecha determinada en la letra c) del apartado 3, autorizará la escritura de constitución en formato electrónico aportándosele el documento justificativo de desembolso del capital social.

No obstante, lo anterior, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas.

Se utilizará la escritura de constitución con un formato estandarizado y con campos codificados.

b) Enviará de forma inmediata, a través del sistema de tramitación telemática del CIRCE, copia de la escritura a la Administración Tributaria solicitando la asignación provisional de un Número de Identificación Fiscal.

c) Remitirá copia autorizada de la escritura de constitución al Registro Mercantil del domicilio social a través del sistema de tramitación telemática del CIRCE.

d) Entregará a los otorgantes, si lo solicitan, una copia simple electrónica de la escritura, sin coste adicional. Esta copia estará disponible en la sede electrónica del Punto de Atención al Emprendedor del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

5. El registrador mercantil, una vez recibida del CIRCE copia electrónica de la escritura de constitución junto con el NIF provisional asignado y la acreditación de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, realizado:

a) Procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 6 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose por horas hábiles a estos efectos las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros.

b) Remitirá al Centro de Información y Red de Creación de Empresas, el mismo día de la inscripción, certificación de la inscripción practicada.

c) Solicitará el número de identificación fiscal definitivo a la Administración Tributaria a través del CIRCE.

El sistema de tramitación telemática del CIRCE dará traslado inmediato a los fundadores que así lo soliciten y al notario autorizante de la escritura de constitución y de la certificación electrónica a que se refiere el apartado anterior, sin coste adicional.

Dicha certificación será necesaria para acreditar la correcta inscripción en el Registro de las sociedades, así como la inscripción del nombramiento de los administradores designados en la escritura.

Asimismo, el interesado podrá solicitar en cualquier momento, una vez inscrita la sociedad, certificación actualizada del contenido de la hoja registral de aquella que será expedida por el Registrador bajo su firma electrónica y provista de un código de validación de conformidad con lo previsto para las certificaciones con información continuada.

6. La autoridad tributaria competente notificará telemáticamente al sistema de tramitación telemática del CIRCE el carácter definitivo del Número de Identificación Fiscal. Este último lo trasladará de inmediato a los fundadores.

7. Cuando el registrador apreciare defectos u obstáculos que impidieren la inscripción, extenderá nota de calificación negativa y la notificará al CIRCE, que la trasladará de inmediato a los fundadores y al notario.

Los fundadores podrán atribuir al notario autorizante la facultad de subsanar electrónicamente los defectos advertidos por el registrador en su calificación, siempre que aquel se ajuste a la calificación y a la voluntad manifestada por las partes.

8. Desde el Punto de Atención al Emprendedor se procederá a realizar los trámites relativos al inicio de actividad mediante el envío de la información contenida en el DUE a la autoridad tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad Social, y en su caso, a las administraciones locales y autonómicas para llevar a cabo las comunicaciones, registros y solicitudes de autorizaciones y licencias necesarias para la puesta en marcha de la empresa.

9. La publicación de la inscripción de la sociedad en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” estará exenta del pago de tasas.”

[...]

Art. 17. *Modificación de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.*

[...]

Cinco. Se modifica el apartado 2 del art. 14, que queda redactado como sigue:

“Art. 14. *Inversión en ECR. (...)*

2. Para que la inversión en las entidades extranjeras a que se refiere el apartado anterior se compute dentro del coeficiente obligatorio establecido en el art. 13.3, será preciso que las propias entidades, sus sociedades gestoras o la entidad que desarrolle funciones similares a las de la sociedad gestora y con análogas exigencias de responsabilidad estén establecidas en Estados miembros de la Unión Europea o en terceros países, siempre que dicho tercer país no figure en la lista de países y territorios no cooperantes establecida por el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales y haya firmado con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; y que, cualquiera que sea su denominación o estatuto, ejerzan, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, las actividades similares a las realizadas por las ECR reguladas en esta ley, sin necesidad de que cumplan los coeficientes de diversificación de la inversión del art. 16 de la presente ley. Se computará en cualquier caso dentro del coeficiente obligatorio la inversión en Fondos de Capital Riesgo Europeos (FCRE) regulados por el Reglamento (UE) n.º 345/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos.”

Convenios internacionales

18. ESPAÑA RATIFICA EL CONVENIO MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE EL VALOR DEL PATRIMONIO CULTURAL PARA LA SOCIEDAD, HECHO EN FARO EL 25 DE OCTUBRE DE 2005 (17 JUNIO 2022)

El BOE 17.6.2022 publicó el Instrumento de ratificación del *Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad, hecho en Faro el 25 de octubre de 2005*,

Este instrumento propuso un nuevo concepto de patrimonio cultural en el que las personas y los valores humanos ocupan un lugar central; subraya el valor y el potencial del patrimonio cultural como recurso para el desarrollo sostenible y para mejorar la calidad de vida de las personas y defiende el derecho de todas las personas a establecer vínculos con el patrimonio cultural de su elección, respetando los derechos y libertades de los demás. Además, insiste en la necesidad de que toda la sociedad participe en el proceso de definición y gestión del patrimonio cultural destacando la importancia de la educación patrimonial para promover el diálogo entre culturas y religiones.

España firmó dicho instrumento el 12 de diciembre de 2018.

Entre los objetivos del Convenio están:

- Reconocer que los derechos referentes al patrimonio cultural son inherentes al derecho a tomar parte en la vida cultural, tal y como está definida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Reconocer la responsabilidad personal y colectiva respecto al patrimonio cultural.
- Subrayar que el objetivo de la conservación del patrimonio cultural y de su uso sostenible es el desarrollo de las personas y la calidad de vida;
- Adoptar las medidas necesarias para la aplicación del Convenio, en relación con la aportación del patrimonio cultural a la construcción de una sociedad pacífica y democrática, al desarrollo sostenible y a la promoción de la diversidad cultural, así como en el logro de mayores sinergias entre las competencias de todos los agentes públicos, privados e institucionales afectados.

19. ACUERDO DE ASOCIACIÓN SOBRE RELACIONES Y COOPERACIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y NUEVA ZELANDA, POR OTRA, HECHO EN BRUSELAS EL 5 DE OCTUBRE DE 2016 (27 julio 2022)

El BOE 27.7.2022 publicó el *Acuerdo de Asociación sobre Relaciones y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Nueva Zelanda, por otra, hecho en Bruselas el 5 de octubre de 2016*,

El presente Acuerdo tiene por objeto establecer una asociación reforzada entre las Partes y profundizar y reforzar la cooperación sobre cuestiones de interés mutuo, como reflejo de unos valores compartidos y unos principios comunes, en particular mediante la intensificación del diálogo a alto nivel.

Fundamento de la cooperación

Las Partes reafirman su compromiso en pro de los principios democráticos, los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho y la buena gobernanza. El respeto de los principios democráticos, los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos

internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, y el respeto del principio del Estado de Derecho, inspiran las políticas internas e internacionales de las Partes y constituyen un elemento esencial del presente Acuerdo.

La aplicación del presente Acuerdo se basará en los principios de diálogo, respeto mutuo, asociación sobre una base de igualdad, consenso y respeto del Derecho internacional.

Ámbitos de la cooperación

- diálogo político y cooperación en materia de política exterior y de seguridad
- cooperación en materia de desarrollo mundial y ayuda humanitaria
- cooperación en materia de asuntos económicos y comerciales
- cooperación en materia de justicia, libertad y seguridad
- cooperación en materia de investigación, innovación y sociedad de la información
- cooperación en materia de educación, cultura y vínculos interpersonales
- cooperación en materia de desarrollo sostenible, energía y transporte

20. CONVENIO DE NACIONALIDAD ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA FRANCESA, HECHO EN MONTAUBAN EL 15 DE MARZO DE 2021 (29 MARZO 2022)

El BOE 29.3.2022 publicó *el Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 de marzo de 2021*.

El convenio establece una simetría entre España y Francia en materia de tratamiento de la doble nacionalidad, y refuerza los lazos entre los dos países. Francia se convierte en el primer país no hispanófono ni lusófono con el que España firma un acuerdo bilateral de este tipo.

Este acuerdo reforzará todavía más la gran proximidad cultural y social que vincula a españoles y franceses, en particular, los más de 100.000 franceses que viven en España y los casi 300.000 españoles que residen en Francia, y que contribuyen cotidianamente a la prosperidad de nuestros dos países.

La entrada en vigor del convenio contiene una fuerte dimensión histórica, al permitir recuperar su nacionalidad original, con carácter retroactivo, a los españoles que la perdieron al adquirir la nacionalidad francesa.

Reconoce de este modo las profundas raíces de la presencia española en Francia, marcada por la acogida de 500.000 refugiados durante la Retirada de 1939, entre ellos numerosos combatientes por la libertad que se unieron a la Francia libre, así como el hecho de que miles de españoles hicieran de Francia su hogar después del exilio.

España y Francia reconocen ahora conjuntamente la legitimidad de las aspiraciones de numerosos conciudadanos a acreditar su doble origen, español y francés, ambos integrados en el proyecto europeo común. Este Convenio contribuye así a reforzar la Europa de los ciudadanos, que promovemos durante la actual presidencia francesa del Consejo de la Unión Europea y continuaremos promoviendo durante la presidencia española en el segundo semestre de 2023.

Jurisprudencia

Dirección

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS* Y

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

Comentarios de:

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS, JOSÉ CARO CATALÁN, ESPERANZA CASTELLANOS
RUIZ, MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, JOSÉ MARIA DE DIOS MARCER, PEDRO A. DE MIGUEL
ASENSIO, M^a PILAR DIAGO DIAGO, SILVIA FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, NOELIA
FERNÁNDEZ AVELLO, FEDERICO GARAU SOBRINO, GEORGINA GARRIGA SUAU, MARÍA
GONZÁLEZ MARIMÓN. NURIA MARCHAL ESCALONA, DIANA MARÍN CONSARNAU, MILAGROS
OROZCO HERMOSO, LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, ISABEL
RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ, MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO Y
DORINA C. SUCIU

Los textos completos se encuentran en el Blog del Profesor José Carlos Fernández Rozas:
[<<https://fernandezrozas.com/category/jurisprudencia/>>].

En la mayor parte de los casos, figuran en google, bastando con colocar el título de la decisión
en la casilla de búsqueda.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Miembro del *Institut de Droit International*.

** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

Jurisprudencia internacional y europea

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. EL TEDH CONSIDERA INJUSTIFICADA LA DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO CCI CONTRA EL FONDO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DE ESLOVAQUIA (STEDH 30 junio 2022, caso *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, nº 55617/17)

Observaciones: 1. Antecedentes de hecho. La citada sentencia da respuesta a una demanda presentada el 28 julio 2017 por una sociedad de capital privado (BTS Holding), constituida bajo la legislación eslovaca, frente al Estado eslovaco. En la demanda se denuncia la posible vulneración del art. 1 del Protocolo n.º 1 del CEDH, por la no ejecución de un laudo arbitral dictado en un arbitraje celebrado en la Cámara de Comercio Internacional de París frente al Fondo Nacional de la Propiedad de Eslovaquia (en adelante, NPF), una agencia pública estatal que tiene por cometido la privatización de determinados bienes y servicios públicos de aquel país.

Se debe tener en cuenta que BTS Holding adquirió en 2006 la mayoría de las acciones del Aeropuerto de Bratislava durante su proceso de privatización. Para llevar a cabo esta operación, BTS Holding suscribió con NPF –órgano competente para llevar a cabo los procesos de privatización– un acuerdo de compra de acciones, en la que se incorporó una cláusula de sumisión al arbitraje de la CCI.

Dada la trascendencia económica de la operación, la ejecución final del acuerdo quedaba supeditada a la aprobación de la agencia supervisora del mercado y la competencia de Eslovaquia, para lo que se fijaba un plazo en el acuerdo. Ante su incumplimiento, la NPF optó por rescindir el contrato y devolver a BTS el importe del primer pago esta había realizado. Poco después, las partes, junto con el Ministerio de Economía, cerraron un acuerdo en el que reconocían la validez de la rescisión del contrato y acordaban la fecha a partir de la cual se hizo efectiva. Sin embargo, se excluyó del ámbito del acuerdo las cuestiones relativas a la devolución del precio y los intereses. Poco después, NPF realizó otro pago a BTS Holding para saldar los intereses pendientes.

A pesar de esto, en junio de 2011, BTS Holding presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI, para reclamar a NPF la diferencia entre lo que le había abonado y lo que, según sus cálculos, en realidad le debería haber abonado en virtud de una interpretación diferente de la imputación de los pagos. Finalmente, la CCI estimó las pretensiones de BTS Holding y condenó a NPF al pago de una importante cantidad de dinero (1,894,597.52 euros, más intereses). El 19 diciembre 2012, el secretario general de la CCI certificó que el laudo había sido notificado a las partes. Al no producirse el cumplimiento voluntario, el 4 febrero 2013 BTS Holding instó ante los tribunales eslovacos la ejecución del laudo.

El tribunal de primera instancia de Bratislava admitió la solicitud, nombró a un funcionario judicial para ejecutar el laudo y emitió una notificación de ejecución. Sin embargo, NPF planteó su oposición a la ejecución, alegando la inexistencia del convenio arbitral por el cual se celebró el arbitraje. Según NPF, el acuerdo que alcanzaron las partes sobre la rescisión del contrato inicial no incluía una cláusula de arbitraje. La única cláusula de arbitraje se incluía en el contrato inicial que, según NPF, fue “sustituido” por este acuerdo.

La oposición fue estimada por el tribunal de primera instancia y, posteriormente, por el tribunal de segunda instancia, aunque bajo argumentos diferentes. El primero asumió íntegramente la tesis de NPF, estimando que el contrato originario –con la cláusula arbitral– fue sustituido por el acuerdo posterior. El segundo, en cambio, introdujo argumentos “formales” y consideró que el laudo era contrario al orden público, entre otras cosas, por afectar a los intereses de los contribuyentes y porque en el origen del conflicto estaba en una decisión en materia de competencia que trató de evitar la concentración del mercado. En consecuencia, dictó una resolución para decretar el fin del procedimiento de ejecución.

Tras agotar todos los recursos internos –incluso el del Tribunal Constitucional, que fue inadmitido–, BTS Holding optó por interponer una demanda ante el TEDH.

2. Fundamentos jurídicos. En su fundamentación jurídica, la sentencia se centra en valorar si ha existido una vulneración del derecho a la protección de la propiedad privada. El fallo condenatorio se sustenta en las siguientes ideas clave:

a) Un laudo puede ser considerado un “bien” a los efectos de la Convención. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TEDH, existen muy diversas formas de “bien” que pueden caer bajo el ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo n.º 1. Las “deudas judiciales” son una de ellas. Según su jurisprudencia, un crédito debidamente reconocido en un título judicial es un derecho de crédito que goza de la protección de la CEDH, siempre que la deuda judicial sea “definitiva” y, por lo tanto, exigible.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el tribunal considera que el laudo dictado por la CCI reconoce un crédito a BTS Holding frente a NPF que es encuadrable bajo el concepto de “propiedad” del art. 1 del Protocolo n.º 1. Para motivar esta decisión, el tribunal alude a dos argumentos básicos: i) el laudo es firme ya que no se ha interpuesto ante él la acción de anulación prevista en la normativa aplicable; ii) en virtud de CNY 1958, suscrito por Eslovaquia, los laudos extranjeros son ejecutables en aquel país.

Para reforzar este último argumento, el tribunal hace hincapié en que el procedimiento previsto para el reconocimiento y la ejecución del laudo es de naturaleza “puramente ejecutiva”. Es decir, para el tribunal es un factor importante el hecho de que la legislación eslovaca –y el CNY 1958– no permita que el juez encargado de la ejecución lleve a cabo un control del fondo del laudo.

Lo anterior tiene todo el sentido si se conecta con la jurisprudencia general sobre el art. 1 del Protocolo n.º 1. Cuando lo que se protege es una “expectativa” de cobro, como es el caso, el TEDH viene exigiendo que se trate de una “expectativa legítima”. Es decir, si el interés patrimonial se refiere a un crédito, se puede interpretar que el interesado dispone de una expectativa legítima “si tal interés presenta una base suficiente en derecho interno, por ejemplo, cuando se confirma por una jurisprudencia bien establecida por los tribunales”. En lo referente a nuestro caso, la potencial ejecución de un laudo extranjero ante los tribunales de un Estado que sea parte de la CNY 1958 –como es el caso– y, por tanto, sin revisión sobre el fondo, genera unas expectativas más que razonables en el interesado.

b) La no ejecución de un laudo constituye una injerencia del derecho a la propiedad privada. Resuelta positivamente la duda sobre la relevancia del art. 1 del Protocolo n.º 1, el tribunal debía precisar qué tipo de acción limitativa del derecho a la propiedad privada era la que estaba enjuiciando, a fin de determinar cuál de las tres reglas que integran este artículo era de aplicación. La sentencia se debía aplicar la cláusula general del art. 1.1º, que establece que: “[t]oda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes”. Por este motivo, en la sentencia se habla de “injerencia” en el derecho a la propiedad y no de privación o medida de control.

Aclarada esta circunstancia, el tribunal pasa a valorar las dos condiciones que, según el art. 1.1, deben concurrir para considerar que la injerencia fue compatible con la Convención.

c) La injerencia no fue legal. Dada la fragilidad de los argumentos utilizados por los tribunales nacionales para denegar la ejecución del laudo, el TEDH no invierte demasiado esfuerzo a la hora de evaluar la legalidad de cada uno de ellos. A continuación, enunciamos los principales argumentos examinados en la sentencia:

i) El tribunal califica de “arbitraria” la decisión del tribunal de primera instancia sobre la inexistencia de la cláusula arbitral. A su juicio, la decisión de declarar inexistente la cláusula arbitral inserta en el SPA porque, supuestamente, fue removida por la celebración de acuerdo posterior, sin ofrecer ningún tipo de motivación al respecto, no puede ser calificada de otra forma. Más aún cuando está acreditado que ambas partes firmaron el “acta de misión” –art. 16 Reglamento de la CCI–, sin formular ninguna objeción sobre la competencia del árbitro. Esto es, celebraron un convenio arbitral tácito.

ii) Aunque en el laudo no se fijara un plazo para el cumplimiento de la condena, el Reglamento de la CCI y la ley eslovaca, sí que lo hacían, por lo que, para el tribunal, el argumento utilizado es el resultado de una aplicación manifiestamente errónea del derecho.

iii) En lo relativo a la cuestión “presupuestaria”, la sentencia resuelve que la “falta de fondos no puede justificar la falta de pago de una deuda judicial por parte del Estado” (mi traducción).

iv) Otro de los argumentos utilizado por los tribunales nacionales aludía a que las partes, al someterse al arbitraje de la CCI, habían realizado una suerte de renuncia genérica a utilizar cualquier tipo de recurso. Como apunta la sentencia, la renuncia prevista en ese artículo del reglamento es efectiva únicamente “en la medida en la que pudiera hacerse válidamente” (traducción mía).

v) Algo similar ocurre con el último de los argumentos. Su vaguedad facilita la tarea al tribunal, que lo despacha, en primer lugar, aclarando que no hubo ninguna decisión sobre la operación en cuestión por parte de la autoridad supervisora de la competencia, ya que la rescisión se produjo precisamente por el silencio de esta ante la solicitud de autorización. Y, en segundo lugar, porque con independencia de lo que pudiera decir esta institución, la transacción fue efectivamente rescindida y el pago, por tanto, debió producirse, ya que no se especificó cómo su satisfacción pudiera haber afectado a la libre competencia del mercado eslovaco.

Tras este repaso a los diferentes argumentos jurídicos utilizados por los tribunales eslovacos, y como no podía ser de otra forma, la sentencia concluye que no concurrieron ninguno de los motivos previstos para denegar la ejecución de un laudo arbitral extranjero en el ordenamiento interno y en la CNY 1958. Y que, en consecuencia, la “interferencia” en el derecho a la propiedad no fue legal.

d) No se ha acreditado causa alguna de utilidad pública. Por último, el tribunal hace alusión a la imposibilidad de valorar si la limitación del derecho fue proporcionada o no, en la medida en la que no se ha acreditado ni delimitado la utilidad pública a la que se refiere el art. 1 del Protocolo 1.⁹ De hecho, en la sentencia recrimina al gobierno que no alegara nada sobre este aspecto y que se centrara únicamente en reforzar las razones de orden público y procesales que supuestamente impedían el reconocimiento y la ejecución del laudo. Como consecuencia de todo lo expuesto, el TEDH condena al Estado eslovaco a indemnizar a BTS Holding por el daño causado por la no ejecución del laudo, así como por los gastos legales derivados de la reclamación.

3. Valoración final. Como se desprende de la sentencia analizada y del conjunto de la jurisprudencia del TEDH en la materia, la sumisión a arbitraje, en ningún caso, supone la renuncia al derecho a la ejecución del laudo. La protección de este derecho, que tiene su fundamento en la equiparación laudo-sentencia a los efectos de la CEDH, consolida el arbitraje nacional e internacional en los Estados miembros del Consejo de Europa. Su vigencia permite a los ciudadanos denunciar ante el TEDH los abusos que los Estados –por acción u omisión– pueden cometer en los procedimientos de reconocimiento y/o ejecución de un laudo.

Ahora bien, como se deduce del conjunto de la jurisprudencia del TEDH, el alcance de este derecho es variable. Cuando el deudor es un particular, la obligación de los Estados pasa por proveer un sistema –legal y material– que permita al demandante ejecutar el laudo en un tiempo razonable. Sin embargo, cuando el deudor es un Estado –o una sociedad vinculada a este–, la obligación es de resultado. Si el Estado no satisface el crédito reconocido en el laudo, este se puede ver abocado a una condena por vulnerar el derecho a la propiedad privada (art. 1 del Protocolo 1.^o).

José CARO CATALÁN *

TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

2. PERSONA QUE INVOCA UNA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, RESULTANTE DE LA PUBLICACIÓN DE UN ARTÍCULO EN INTERNET (STJ 1^a 17 junio 2021, as. C-800/19: *Mittelbayerischer Verlag KG*)

3. CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO DE TRABAJADORES QUE REALIZAN SU TRABAJO EN VARIOS ESTADOS MIEMBROS (STJ 1^a 15 julio 2021: asuntos C-152/20 y C-218/20: *Gruber Logistics*)

4. TRASLADO DEL MENOR Y DE SU MADRE AL ESTADO MIEMBRO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (UE) N° 604/2013 (DUBLÍN III) (STJ 1^a 5 agosto 2021, as. C-262/21 PPU: *A y B*)

5. REPERCUSIONES PARA UN ARBITRAJE CNUDMI DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA EN ORDEN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS Y A LAS INVERSIONES DISTINTAS DE LAS DIRECTAS (STJ GS 2 septiembre 2021, as. C-741/19: *República de Moldavia*)

6. PERSONA MAYOR DE EDAD QUE SOLICITA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEBIDO A SU VÍNCULO FAMILIAR CON UN MENOR QUE YA HA OBTENIDO PROTECCIÓN SUBSIDIARIA (STJ 3^a 9 septiembre 2021, as. C-768/19)

7. PROTECCIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PROTEGIDA (DOP) “CHAMPAGNE” Y COMPARABILIDAD CON LOS PRODUCTOS DE NOMBRE COMERCIAL “CHAMPANILLO” (STJ 5^a 9 septiembre 2021, as. C-783/19: *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*)

8. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL Y RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA ELECCIÓN DE LEY APLICABLE EN EL REGLAMENTO (UE) 650/2012 (STJ 1^a 9 septiembre 2021, as. C-277/20: *UM*)

Observaciones: 1. En el Asunto C-277/20 el TJUE se pronuncia sobre la interpretación de dos cuestiones del Reglamento de Sucesiones: su ámbito de aplicación material, en concreto en relación con el concepto de pacto sucesorio, y el régimen de disposiciones transitorias en caso de elección de ley. En el supuesto de hecho que dio pie al pronunciamiento de esta sentencia, el causante, alemán con residencia habitual en Alemania, falleció el 13 mayo 2018, habiendo celebrado cuarenta años antes un contrato con su hijo y su nuera, a través del cual se acordaba que, a su muerte, y bajo determinadas condiciones, se les transmitiera a ambos por mitades la propiedad de un terreno sito en Austria, incluyéndose, en su caso, las construcciones que se hubieran podido realizar en vida del causante y autorizando expresamente la inscripción registral de la transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad austriaco. En el contrato se escoge expresamente el Derecho austriaco como ley aplicable. Cuando el hijo del causante solicitó la inscripción de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble sito en Austria, se le denegó la misma por parte de las autoridades austriacas, llegando la cuestión al Tribunal

* Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Cádiz.

Supremo de lo Civil y Penal de Austria, quien plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE: en primer lugar, se plantea si un contrato de donación mortis causa sobre un bien inmueble, en virtud del cual al fallecimiento del disponente la otra parte contratante tiene un derecho a la inscripción registral de su derecho de propiedad debe considerarse un pacto sucesorio en el sentido del art. 3.1 b) del Reglamento. En segundo lugar, y para el caso de que la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, el tribunal austriaco pregunta si el art. 83.2 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se aplica a la validez de una elección de ley realizada antes del 17 agosto 2015, para regular un contrato de donación mortis causa que procede calificar como pacto sucesorio a los efectos del Reglamento.

2. En la primera cuestión prejudicial se plantea un problema de calificación. El TJUE tiene que determinar si un contrato de donación *mortis causa*, en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien se transmita a las otras partes contratantes, es un pacto sucesorio en el sentido del art. 3.1^º.b) del Reglamento o si dicho contrato se trata de una liberalidad de las excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento en el art. 1.2 g). El instrumento aplicable y la solución de ley aplicable será distinta en función de que se defienda una u otra postura, ya que si se califica como un pacto sucesorio será de aplicación el Reglamento de Sucesiones; mientras que si se califica como una liberalidad habría que plantearse la aplicación de otro instrumento normativo, posiblemente el Reglamento Roma I, salvo que también se considerara excluido de su ámbito de aplicación material, en virtud de lo dispuesto en su art. 1.2 c). La necesaria interpretación autónoma del Reglamento con el fin de procurar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, es si cabe más relevante en el caso de los pactos sucesorios por la clásica controversia que tradicionalmente ha habido en torno a ellos, actualmente todavía prohibidos en muchos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y por su característica heterogeneidad, que ha conllevado la construcción de un concepto de estas figuras muy genérico.

El TJUE concluye que el contrato de donación mortis causa en cuestión es un verdadero pacto sucesorio a los efectos del Reglamento, para lo que se sirvió de tres argumentos. El primer argumento se basa formalmente en una interpretación sistemática, si bien materialmente se podría decir que está vacío de contenido. El TJUE interpreta el concepto de pacto sucesorio a la luz de la definición recogida en el art. 3.1^º.a) del Reglamento, donde se indica que la sucesión por causa de muerte abarca cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes y, en consecuencia, concluye que el contrato de donación mortis causa es un pacto sucesorio. Este argumento por sí solo no aporta ningún elemento funcional de valoración para calificar un contrato de donación mortis causa como liberalidad o como pacto sucesorio. En el segundo argumento el TJUE utiliza el principio de unidad de la sucesión que recoge el Reglamento de Sucesiones, junto con una interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, para justificar la calificación sucesoria del contrato de donación mortis causa. En este caso, el Tribunal cae en un razonamiento circular según el cual califica un supuesto de hecho como sucesorio para evitar el fraccionamiento de la sucesión. La unidad de la sucesión no es un elemento valorativo para decidir si algo es sucesorio o no, sino que es un principio que actúa en una fase posterior, para informar cuál debe ser la ley aplicable a la sucesión. El argumento adolece aún de más inconsistencia si tenemos en cuenta que el propio Reglamento quiebra o excepciona el principio de unidad de la sucesión frente a la planificación sucesoria anticipada. El tercer argumento es el más relevante, puesto que sí permite extraer un elemento nuevo y funcional para interpretar en el futuro cuándo estamos ante un pacto sucesorio. El TJUE determina que el efecto esencial del contrato de donación mortis causa, en el litigio la transmisión de un bien inmueble, no se produce hasta el fallecimiento del causante y que ello justifica su calificación sucesoria. La naturaleza híbrida de los pactos sucesorios avala este argumento. Su especial particularidad redundará en la concurrencia de una doble naturaleza contractual y sucesoria, que tradicionalmente ha alimentado el debate en torno a la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios. Actualmente, dicho debate está superado en beneficio de una

calificación sucesoria, precisamente como consecuencia de la consideración de los efectos de los pactos sucesorios que se producen una vez fallecido el causante como los más esenciales.

3. En la segunda cuestión prejudicial, el TJUE tiene la oportunidad de interpretar el régimen transitorio recogido en el art. 83.2º del Reglamento, si bien de la sentencia no se pueden extraer elementos interpretativos relevantes, puesto que el Tribunal prácticamente pasa por alto la cuestión, seguramente condicionado por las limitaciones del propio supuesto de hecho. No obstante, cabe destacar alguna cuestión interesante al hilo de sus argumentaciones. En primer lugar, debemos alertar sobre el mal uso por parte del Tribunal del término “elección de ley parcial”. En el caso concreto, no hay una elección de ley sucesoria parcial, sino una elección de ley para regir la validez material de una concreta disposición mortis causa, cuestión que está prevista en el Reglamento, concretamente en el art. 24.2º para los testamentos y en el art. 25.3º para los pactos sucesorios. En segundo lugar, el TJUE se sirve de una interpretación literal del art. 83.2º y la combina con una interpretación sistemática de los arts. 21 y 22 del Reglamento para concluir, sin más desarrollo, que el art. 83.2º se refiere a la validez de la elección de ley aplicable cuando ésta se hace para el conjunto de la sucesión y, por tanto, para el caso concreto, concluye que este precepto no es aplicable. El resultado es, cuanto menos, discutible, pero los medios utilizados carecen del rigor necesario para llegar a una (u otra) conclusión. Es dudoso que una interpretación sistemática lleve al resultado de entender que el ámbito de aplicación del art. 83.2 se refiera únicamente a los casos de elección de ley cuando ésta se refiere al conjunto de la sucesión y, precisamente, una interpretación sistemática, bien hecha, podría llevar al resultado contrario. El TJUE realiza una interpretación sistemática arbitraria, pues se refiere únicamente a los arts. 21 y 22 del Reglamento, cuando el art. 83.2º se remite, por un lado, a todo el capítulo III del Reglamento, lo que incluye las elecciones de ley aplicable a la validez material de disposiciones mortis causa recogidas en los arts. 24.2º y 25.3º; y, por otro lado, a las normas vigentes de Derecho internacional privado en el momento en que se realizó la elección y correspondientes a la residencia habitual o nacionalidad del causante, remisión ésta respecto de la que el Tribunal nada aclara y que a priori podría suponer la posibilidad de acoger elecciones de ley sucesoria parciales (como por ejemplo ocurría al amparo del art. 25 EGBGB alemán, que permitía la elección limitada de la ley alemana para regular la sucesión de bienes inmuebles sitos en Alemania). Siendo conscientes de que el principio de unidad es el que impera en el Reglamento, ya hemos destacado que él mismo establece excepciones o adaptaciones a ese principio de unidad en beneficio de la planificación sucesoria por anticipado.

Además de lo pobre de su argumentación en este punto, el TJUE pudo haber profundizado en el régimen transitorio recogido en el art. 83 del Reglamento; el Abogado General sí fue algo más allá en sus Conclusiones, y se planteó la posibilidad de aplicar al caso el art. 83.3º del Reglamento, donde se recoge el régimen transitorio respecto de la admisibilidad y validez material y formal de las disposiciones mortis causa otorgadas con anterioridad al 17 agosto 2015, cuando el causante fallece con posterioridad a esta fecha, como es el caso. En este punto, la duda se plantea en torno a si el pacto sucesorio objeto de litigio estaría dentro del ámbito de aplicación del art. 83.3º del Reglamento en lo que se refiere a su admisibilidad y validez y si, por tanto, habiendo excluido el TJUE la elección de ley para regir un pacto sucesorio del ámbito de aplicación del art. 83.2º, cabría entender que dicha elección podría enmarcarse también dentro del art. 83.3º del Reglamento.

4. En definitiva, el mayor atractivo de la presente decisión estriba en la labor interpretativa del TJUE sobre el concepto de pacto sucesorio. La línea divisoria entre la donación mortis causa y un pacto sucesorio de institución de heredero o legatario es muy fina y esta sentencia tiene el interés de proporcionar un elemento funcional que permite incluir a la donación mortis causa en el concepto autónomo de pacto sucesorio del Reglamento. En cuanto al régimen transitorio, sin embargo, la sentencia no es tan relevante. El TJUE muestra un gran desinterés, aun admitiendo las limitaciones del supuesto de hecho, limitándose prácticamente a cubrir el expediente y utilizando además una argumentación poco rigurosa. No obstante, lo que sí queda claro al hilo de

esta sentencia son las dificultades interpretativas que se plantean en torno al régimen transitorio del Reglamento de Sucesiones que, sin ninguna duda, el TJUE tendrá oportunidad de enfrentar en más ocasiones.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ *

[Vid. también I. Rodríguez-Uría Suárez, “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de ley aplicable. (STJUE de 9 septiembre 2021, Asunto C-277/20)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 98, diciembre 2021]

9. CONTROL POR PARTE DEL TRIBUNAL AL QUE SE SOMETE UN ASUNTO SUCESORIO EN SEGUNDO LUGAR (STJ 6ª 9 septiembre 2021, as. C-422/20: *RK y CR*)

10. REQUERIMIENTO DE PAGO DIRIGIDO A PERSONAS FÍSICAS RESPECTO DE LAS CUALES EXISTE INDICIOS DE QUE TENGAN SU DOMICILIO EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA (STJ 6ª 9 septiembre 2021, asuntos C-208/20 y C-256/20: *Toplofikatsia Sofia y otros*)

Observaciones: La movilidad dentro de la Unión Europea conlleva el cambio de domicilio de las personas físicas. Cuando esta circunstancia es comunicada y se conoce el nuevo domicilio, no se plantean, en principio, mayores problemas. Sin embargo, en numerosas ocasiones, el cambio de domicilio no deja huella referida al nuevo domicilio. Cuando esto ocurre se desencadenan múltiples problemas y, en especial, el que es el detonante de los litigios principales que generan las cuestiones prejudiciales objeto de examen.

Los litigios conocidos por el órgano jurisdiccional remitente (Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria) se refieren a supuestos de requerimiento de pago respecto de deudores que “oficialmente” tienen el domicilio en un Estado miembro, pero que al procederse a la consiguiente notificación, se comprueba que existen indicios de que han fijado un nuevo domicilio en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Estas concretas circunstancias plantean serias dudas al órgano jurisdiccional remitente, que desea encontrar respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello se formulan cuatro cuestiones prejudiciales orientadas, en esencia, a recibir pautas de actuación relativas a dos temas concretos.

El primero (objeto de la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-208/20) es el referido a si cuando se constata que el demandado se encuentra en otro Estado miembro, el Tribunal que conoce del asunto está obligado a recabar información sobre su domicilio, ante las autoridades del nuevo Estado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que Derecho interno búlgaro establece la obligación de realizar de oficio, averiguaciones sobre el domicilio del demandado, en su propio Estado, pero no así, cuando existen indicios de que el domicilio se encuentra en otro Estado. Ello podría poner en jaque, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, los principios de no discriminación y equivalencia.

El Tribunal considera esta cuestión inadmisble en lo que se refiere a la interpretación del art. 20 TFUE ap. 2, letra a) en relación con el art. 47 párrafo segundo de la Carta y los principios de no discriminación y de equivalencia. Concluye que de la resolución de remisión no se desprende conexión con los preceptos respecto de los cuales se solicita interpretación, ni con los principios de no discriminación y de equivalencia. Pone de manifiesto, a su vez, que el Tribunal búlgaro no indica las razones por las que sería necesaria la interpretación para resolver los litigios, ni da explicaciones de la relación con la normativa procesal nacional controvertida. En definitiva, que

* Profesora Ayudante Doctor de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. Este comentario se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i PID 2020-113165GB-I00 “Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales”, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

el órgano jurisdiccional remitente se confunde en la formulación del contenido de la cuestión prejudicial y en su fundamento y, finalmente, su preocupación no se resuelve.

Una formulación más hábil de la cuestión podría haberse realizado desde un ángulo diferente. Se podría haber relacionado la normativa interna procesal, con la misma interpretación de cómo debe impactar el descubrimiento de un elemento internacional, en un momento posterior a la asunción por parte del Tribunal de competencia interna, cuando no llegó a plantearse siquiera la competencia judicial internacional (al no haberse detectado elemento internacional). Cuestión de una gran trascendencia práctica, sobre la que se volverá más tarde.

La segunda parte de la cuestión prejudicial, plantea pocas dudas respecto de su correcta resolución por el Tribunal de Justicia. Se refiere a la interpretación del art. 1 ap. 1, letra a) del Reglamento nº 1206/2001 de obtención de pruebas. Pues bien, el art. 4 de este Reglamento exige que la solicitud indique el nombre y dirección de las partes. De ello, es fácil deducir, que este Reglamento no puede ser empleado para los casos en que el objetivo de la solicitud sea, precisamente, indagar el domicilio de una persona a la que se debe realizar una notificación.

El segundo tema al que se refiere el resto de las cuestiones prejudiciales, versa sobre sí el art. 5 RB I bis) se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, emita una orden conminatoria de hacer y que adquiera fuerza ejecutiva o le obligue a revocar esa orden, cuando se ha constatado que el deudor no tiene su domicilio en el Estado miembro que conoce del asunto. Este tema se formula a través de tres preguntas, la primera de ella inadmisibles y las dos restantes, redundantes.

La primera cuestión incurre de nuevo en defecto de formulación, como ocurría en la cuestión que abordaba el primer tema. En concreto, se solicita la interpretación del referido art. 5 en relación a la emisión por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de una orden conminatoria de hacer dirigida a deudor, cuando se ha constatado que probablemente tenga su residencia en otro Estado.

Pues bien, el art. 267 TFUE dispone que la cuestión prejudicial debe ser necesaria para que el Tribunal remitente pueda emitir su fallo en el asunto del que se trate. Por lo que la interpretación del art. 5 RB I bis) que establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2ª a 7ª del Capítulo II debe ser necesaria para que el Tribunal de Primera Instancia de Sofía resuelva los litigios; lo que no sucede.

El Tribunal ya había reconocido su competencia interna por lo que ya no era necesaria la interpretación que se solicitaba. Es por ello que el Tribunal de Justicia concluye que la segunda cuestión del asunto C-208/20 y la primera cuestión prejudicial del asunto C-256/20 son inadmisibles.

El razonamiento que sigue el Tribunal de Justicia es correcto, desde la perspectiva que en efecto, el órgano jurisdiccional remitente ya había asumido la competencia interna, con lo que, en principio, no se le plantearon dudas que exigieran la interpretación del artículo.

Ahora bien, obsérvese que el elemento internacional se mantenía oculto por lo que es más que probable que el Tribunal búlgaro no analizará la competencia judicial internacional. El elemento internacional ve la luz sólo cuando la notificación no ha prosperado. Este es un tema muy sensible que manifiesta un problema generalizado en la práctica judicial, y es que la admisión de la demanda y la detección de elementos de extranjería, se basa en los datos que en ella figuran. Diferir a un momento posterior la determinación del carácter internacional de la relación, cuando pudiera penetrar un elemento de extranjería oculto, como ocurre en estos casos, entrañaría muchas dificultades que llegarían a poner en juego la misma seguridad jurídica, amén de la dilación que podría ocasionar en los procesos.

La segunda declaración de la Sentencia del Tribunal de Justicia se refiere a la Interpretación del art. 5 RB I bis) respecto su oposición o no a que una orden conminatoria de hacer dirigida a deudor

adquiera fuerza ejecutiva y a la obligación de revocar la orden. La solución que ofrece es que el art. 5 ap. 1 RB I bis) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una orden conminatoria de hacer dirigida a un deudor adquiera fuerza ejecutiva y no obliga a revocar tal orden.

El fundamento de esta declaración se encuentra en que el Reglamento no establece las condiciones en las cuales las resoluciones pueden adquirir fuerza ejecutiva, y no determina las condiciones que regulan la validez de aquellas resoluciones. Es evidente que esto es así, puesto que este Reglamento, como es sabido, aborda el primer y el tercer sector del DIPr y no procede a unificar las normas procesales de los diferentes Estados miembros.

Como se ha podido constatar de todo lo expuesto, los problemas que plantea el Tribunal de Primera Instancia de Bulgaria tienen una gran entidad y relevancia, sin embargo, las exigencias relativas al contenido de la petición prejudicial no se han satisfecho; ello conduce a la inadmisión de dos de las cuatro cuestiones que se plantean. Desde esta perspectiva la Sentencia tiene un carácter “didáctico” para los órganos jurisdiccionales remitentes que deben extremar el cuidado en la formulación de las cuestiones prejudiciales.

En cuanto a las respuestas de las cuestiones que sí se admiten, es especialmente destacable que la Sentencia nos recuerde la autonomía procesal de los Estados miembros. El RB I bis) no viene a unificar las normas de procedimiento de los diferentes Estados miembros. Esto es algo que debe ser tenido en cuenta por los legisladores nacionales, que deben articular sistemas que garanticen la tutela judicial efectiva y por ende, el Derecho a un juicio justo en todo su propio orbe procedimental.

La sentencia por otro lado, es especialmente interesante, no tanto por sus conclusiones, sino por el problema que desvelan las circunstancias que rodean a los litigios principales. En concreto, la detección de elementos internacionales, con posterioridad a la asunción de competencia interna por el Tribunal. Esto mismo es lo que ocurre cuando se descubre que el demandado tiene su domicilio en otro Estado miembro. Tal descubrimiento se produce al proceder a la notificación en el domicilio “oficial” que consta en el registro de su país, esto es, una vez que el Tribunal ha asumido su competencia.

Al respecto debe recordarse, como ya se ha señalado, que en la práctica los datos que se tienen en cuenta para determinar si una relación es internacional o no, son los que aparecen en la demanda. Si todos los datos que se consigna están vinculados al mismo Estado, nada hace sospechar que pueda estarse ante una relación privada internacional. Ahora bien, el elemento de extranjería que reclama la jurisprudencia, para que el RB I bis) se despliegue, puede detectarse tarde como queda demostrado en los supuestos de hecho de los litigios principales.

Esta realidad es extremadamente interesante puesto que permitiría plantear otras cuestiones, como cuándo tiene que estar presente ese elemento y qué efectos, en su caso, produciría su detección tardía. Sea como fuere la tutela judicial efectiva debe garantizarse y proyectarse dentro de los parámetros que reclama la propia seguridad jurídica, tanto a nivel interno como a nivel internacional; a su vez, se ha de procurar en el proceso un equilibrio entre los derechos de defensa del demandado y el derecho de acceso a un Tribunal del demandante.

M^a Pilar DIAGO DIAGO *

11. TRASLADO DEL DOMICILIO DEL CONSUMIDOR Y ALCANCE DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN (STJ 6^a 30 septiembre 2021, as. C-296/20: *Commerzbank AG*)

Observaciones: 1. La principal aportación de la sentencia en el asunto *Commerzbank* es establecer que el art. 15.1º.c) Convenio de Lugano –art. 17.1º.c) RB I bis–, que subordina la aplicación del régimen de protección en materia de contratos de consumo a que la empresa ejerza

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza.

actividades comerciales o por cualquier medio las dirija al Estado miembro del domicilio del consumidor, no impide que ese régimen de protección resulte de aplicación a todo contrato de consumo celebrado por partes domiciliadas en el mismo Estado contratante cuando el consumidor haya trasladado posteriormente su domicilio a otro Estado contratante, incluso si el comerciante no ejerce ni dirige sus actividades comerciales al Estado en cuestión. Este último inciso es el que refleja la verdadera aportación de la sentencia. Como puso de relieve el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en el ap. 39 de sus conclusiones en este asunto (EU:C:2021:733), lo que estaba en juego era determinar el alcance de un régimen de protección que acarrea graves consecuencias al comerciante “cuando se ve sorprendido por un cambio de domicilio del cliente, con el que no contaba o no podía prever”.

2. La determinación previa por el Tribunal de que la aplicación del régimen de protección no queda excluida por la circunstancia de que el contrato de consumo haya sido celebrado por quienes estaban domiciliados en un mismo Estado contratante cuando solo después surgiera un elemento de internacionalidad, como consecuencia del traslado de su domicilio por el consumidor, es en buena medida una confirmación de su jurisprudencia previa y de las implicaciones del tenor literal del art. 17.3º CL (art. 19.3º RB I bis), que hace referencia expresa a los contratos entre partes domiciliadas en un mismo Estado vinculado por el CL (miembro RB I bis en el caso de su art. 19.3º).

3. Ahora bien, lo que puede resultar controvertido es que el Tribunal opta en esta sentencia por considerar aplicable ese gravoso régimen de protección en tales situaciones incluso aunque el Estado contratante al que el consumidor traslada su domicilio sea uno al que el comerciante nunca ha dirigido sus actividades, lo que implica una extensión cuestionable del “riesgo jurisdiccional” para las empresas que contratan con consumidores. No solo por la imprevisibilidad que genera, agravada porque en el régimen de protección es el domicilio del consumidor el único lugar en el que la empresa puede demandar (y además un lugar en el que puede ser demandada por el consumidor), sino también porque el criterio del Tribunal implica que ese gravoso régimen para la empresa se extienda respecto de Estados en los que la misma no se ha pretendido beneficiar de la posibilidad de contratar con clientes allí situados, entre otros motivos tal vez por no estar dispuesta a asumir ese riesgo.

4. Se trata de un planteamiento que parece resultar incompatible con la idea extendida de que uno de los fundamentos sobre los que está construido el art. 15.1.c) CL –art. 17.1º.c) RB I bis– y en general el llamado criterio de las “actividades dirigidas” es que la asunción de ciertos riesgos legales –o la exigencia de cumplir con ciertas obligaciones– va unida a la decisión empresarial de extender su actividad comercial a los países en cuestión, beneficiándose de la posibilidad de hacer negocios en los mismos.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

12. EL DERECHO DE LA UNIÓN PROHÍBE QUE UN ESTADO MIEMBRO CELEBRE UN CONVENIO ARBITRAL DE CONTENIDO IDÉNTICO A UNA CLÁUSULA ARBITRAL NULA QUE SE RECOGE EN UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS (STJ GS 26 octubre 2021, as. C-109/20: *PL Holdings*)

13. EL SIGNO QUE REPRESENTA EL ESCUDO DEL CLUB DE FÚTBOL AC MILAN NO PUEDE SER OBJETO DE UN REGISTRO INTERNACIONAL COMO MARCA EN EL QUE SE DESIGNE A LA UNIÓN PARA ARTÍCULOS DE PAPELERÍA Y DE OFICINA (STG 6ª 10 noviembre 2021, as. T-353/20: *AC Milan/EUIPO – InterES (ACM 1899 AC MILAN)*)

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

14. PLAZO IMPERATIVO PARA LA PRESENTACIÓN DE CRÉDITOS EN UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA EN CURSO EN UN ESTADO MIEMBRO POR EL SÍNDICO DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL EN CURSO EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ) 9ª 25 noviembre 2021: as. C-25/20: *Alpine BAU*)

15. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA PRECISA EL SENTIDO Y EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE “RESIDENCIA HABITUAL” DE UN CÓNYUGE PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL EN UNA DEMANDA DE DIVORCIO (STJ) 3ª 25 noviembre 2021, as. C-289/20: *IB*)

[Vid. J. Maseda Rodríguez, “Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 25 noviembre 2021, asunto C-289/20: *IB*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 101, marzo 2022]

16. EXCLUSIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL ART. 7.2º RB I BIS (STJ) 4ª 9 diciembre 2021, as. C-242/20: *HRVATSKE ŠUME*)

Observaciones: 1. El Tribunal de Justicia establece en esta sentencia que “una acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto no puede estar comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo” 7.2º Reglamento 1215/2012 (ap. 56 de la sentencia y punto 2 del fallo). Desde la perspectiva de la litigación internacional, se trata de un pronunciamiento muy relevante, que conduce en la práctica a que en las situaciones típicas las demandas en esta materia deban presentarse necesariamente ante los tribunales del domicilio del demandado (ap. 59 de la sentencia), salvo que se trate de acciones de restitución por enriquecimiento injusto vinculadas con una relación contractual entre las partes, situaciones para las que el Tribunal sí admite el recurso al fuero especial del art. 7.1º Reglamento 1215/2012 (aps. 47 a 50 y 58 de la sentencia).

2. Frente a lo que es habitual en la jurisprudencia del Tribunal, llama la atención la rotundidad de su pronunciamiento respecto del art. 7.2, en la medida en que incluso asumiendo la clarificación que la sentencia supone y los fundamentos en los que se basa, cabe dudar de que no pueda haber otras situaciones puntuales, distintas a las del litigio principal, en las que acciones por enriquecimiento injusto –en el sentido dado a este término por instrumentos de DIPr de la UE– queden comprendidas en el art. 7.2º.

3. Básicamente, el criterio del Tribunal de Justicia se funda en que, a diferencia de las acciones comprendidas en el art. 7.2º RB I bis, las acciones basadas en el enriquecimiento injusto no tienen por objeto exigir la responsabilidad de un demandado, lo que requiere que se pueda imputar al demandado un hecho dañoso, es decir, que exista un nexo causal entre el daño y el hecho ilícito que lo origina (aps. 52, 53 y 57). Destaca, además, el Tribunal que la obligación de restitución en la que se basa la acción por enriquecimiento injusto no tiene su origen en un hecho dañoso y nace independientemente del comportamiento del demandado sin que pueda establecerse una relación de causalidad entre el daño y un acto u omisión ilícitos del demandado (ap. 55).

4. Ahora bien, el resultado al que llega el Tribunal parece no tener suficientemente en cuenta que en determinadas situaciones distintas a las del litigio principal un enriquecimiento injusto –por utilizar la terminología del art. 10.1º Reglamento Roma II– puede concernir “a una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto”. La referencia al Reglamento Roma II resulta de particular relevancia a estos efectos, habida cuenta de su significado como instrumento de DIPr de la UE y de la exigencia de interpretación, en la medida de lo posible, coherente entre este instrumento y el RB I bis, como aparece reflejado en la propia sentencia (aps. 11 y 46).

5. Estas situaciones de estrecha vinculación entre acciones de enriquecimiento injusto y hechos dañosos, que menciona expresamente el Reglamento Roma II, son, por lo demás, bien conocidas. A modo de ejemplo, en nuestra doctrina: “... el que sufrió daños en su propiedad que beneficiaron al autor de ellos, puede reclamar su importe, no ya sobre la base del acto ilícito cometido, sino del desplazamiento patrimonial consumado, pues el fundamento de pedir es

distinto...” (Lacruz, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol 3, 2ª ed., p. 634) o “El propietario de un chalet –dice Sacco– marcha al extranjero, y aprovechando su ausencia un tercero entra indebidamente en él y lo alquila a otra persona. Los daños efectivamente producidos en el inmueble se valoran en cinco, la renta media de ese tipo de edificaciones en diez y la renta efectivamente percibida por el usurpador en doce. El usurpador no debe solamente resarcir los daños causados, sino restituir todo aquello en que se ha enriquecido, porque su enriquecimiento carece de causa” (Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4ª ed., p. 601).

6. Se trata de situaciones en las que la subsunción de la acción de restitución por enriquecimiento injusto en el art. 7.2º RB I bis resultaría coherente con la interpretación del Tribunal respecto de la aplicación de su art. 7.1º a las acciones de restitución por enriquecimiento injusto vinculadas con una relación contractual preexistente. Incluso cabe sostener que sería coherente con la argumentación de la sentencia ahora reseñada, en la medida en que son situaciones en las que la acción de restitución por enriquecimiento injusto se encuentra vinculada a la existencia de un daño. Además, resultaría también coherente con la previsión en materia de ley aplicable del art. 10.1º Reglamento Roma II, que conduce en esos casos a la aplicación de la ley rectora de la obligación extracontractual derivada del hecho dañoso también respecto de la obligación derivada del enriquecimiento injusto en cuestión.

7. Una reflexión específica podrían merecer también las obligaciones resultantes de un enriquecimiento injusto “que se deriven de una infracción de un derecho de propiedad intelectual”, por utilizar en este caso la terminología del art. 13 RR II. Precisamente este artículo viene a establecer un tratamiento específico en materia de ley aplicable, de modo que es el criterio *lex loci protectionis* (art. 8) el que determina la ley aplicable al enriquecimiento injusto en tales casos, marginando la aplicación a ellos de las reglas de conflicto del Capítulo III RR II, en particular su art. 10. La vinculación de tales acciones por enriquecimiento injusto con la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial, de carácter territorial, podría también justificar un análisis específico respecto de su eventual inclusión en el art. 7.2º RB I bis (cuando no se trate de una acción que presente una relación estrecha con una relación contractual previa entre las partes, como una licencia, que determine que deba quedar comprendida en el art. 7.1º).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

17. NEGATIVA DEL ESTADO MIEMBRO DE ORIGEN DE UNA DE LAS DOS MADRES A EXPEDIR UN CERTIFICADO DE NACIMIENTO DE UNA MENOR POR FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE LA IDENTIDAD DE LA MADRE BIOLÓGICA (STJ GS 14 diciembre 2021 –as. C–490/20: *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*)

[Vid. S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad) STJ GS 14 diciembre 2021, as. C–490/20: Pancharevo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 102, abril 2022]

18. EL LUGAR DE MANIFESTACIÓN DEL DAÑO COMO CRITERIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA RESPECTO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS EN LÍNEA (STJ GS 21 diciembre 2021, as. C–251/20: *Gtflix Tv*)

Observaciones: 1. En su sentencia *Gtflix Tv* la Gran Sala del Tribunal de Justicia confirma plenamente su jurisprudencia previa acerca de la interpretación del fuero del lugar del daño (art. 7.2º RB I bis) como criterio atributivo de competencia en relación con demandas relativas a la difusión de contenidos ilícitos por medio de Internet. Aunque la sentencia va referida a contenidos que supuestamente vulneran derechos de la personalidad, incluidos los ataques a la reputación comercial de personas jurídicas, el alcance del art. 7.2º se extiende al conjunto de la responsabilidad extracontractual.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

2. La respuesta a la duda planteada por el órgano remitente consiste básicamente en que la falta de competencia del tribunal del lugar de manifestación del daño para conocer de acciones de rectificación o supresión de contenidos publicados en línea, debido al carácter único e indivisible de tales acciones, no se proyecta respecto de las acciones relativas a las demandas de daños y perjuicios, típicamente divisibles por territorios. Ahora bien, se trata de algo que cabía ya derivar de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia. Teniendo en cuenta lo anterior, no puede sorprender que la aportación de la sentencia escasa. Ahora bien, sí es un pronunciamiento muy importante por la controversia suscitada en torno a este aspecto de su jurisprudencia, cuestionado reiteradamente por la doctrina y que se reflejó incluso en propuestas de cambio radical por parte de varios Abogados Generales que reclamaron sin éxito el abandono del llamado criterio del mosaico, planteamiento crítico que sin embargo fue abandonado en las conclusiones relativas al presente asunto.

3. Pese a esas críticas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el abandono del criterio del mosaico respecto de actividades de difusión de contenidos ilícitos no parece justificado. A lo que señala el Tribunal de Justicia en los aps. 37 a 40 de la sentencia acerca de la adecuación del criterio del mosaico respecto del objetivo de garantizar una buena administración de justicia en relación con demandas de indemnización de daños, cabe añadir que una valoración semejante está justificada cuando se ejercitan otro tipo de acciones de singular relevancia práctica y susceptibles asimismo de ser divididas de modo que pueden ir referidas únicamente al territorio del Estado miembro que sea (uno de los) lugar(es) de manifestación del daño. Me refiero a las acciones tendentes a bloquear o impedir el acceso desde un determinado territorio a contenidos accesibles en línea, cuya efectividad además no requiere típicamente medidas de ejecución en el extranjero.

4. En todo caso, si bien el mantenimiento del criterio del mosaico debe ser bienvenido, las dudas se mantienen con respecto a la insistencia del Tribunal de Justicia en considerar suficiente la mera accesibilidad a los contenidos supuestamente ilícitos desde el foro como único requisito exigible a los efectos de atribuir competencia con base en el lugar de manifestación del daño del art. 7.2º.

5. En este sentido, la sentencia *Gtflifx Tv* tampoco innova cuando insiste en “recordar que la atribución a estos últimos tribunales de la competencia para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenecen solo está supeditada al requisito de que el contenido lesivo sea o haya sido accesible en dicho territorio” (ap. 41). Aunque el Tribunal no innove, rechazando sobre este particular la propuesta del Abogado General, sí ahonda en ese planteamiento, como puede verse por la circunstancia de que los dos precedentes que invoca –sus sentencias *Hejduk* y *Pickney*– iban referidas a la eventual vulneración de derechos de exclusiva de carácter territorial, de modo que la vinculación con el territorio en cuestión no se limitaba a la mera accesibilidad de los contenidos sino que además coincidía con el territorio al que iban referidos los derechos de exclusiva supuestamente infringidos.

6. Como únicos argumentos para confirmar la mera accesibilidad de los contenidos como elemento suficiente para atribuir competencia en el marco del art. 7.2º el Tribunal de Justicia se limita a recordar la diferente redacción de los art. 7.2º y 17.1º.c) RB I bis (habida cuenta de que éste incluye el llamado criterio de las actividades dirigidas) (ap. 41), y a añadir que la exigencia de cualquier requisito adicional a la mera accesibilidad podría menoscabar la facultad de toda persona que se considere perjudicada de “presentar su demanda ante los tribunales del lugar donde se ha materializado el daño” (ap. 42). En realidad, la referencia a la mera accesibilidad – con los riesgos derivados de la accesibilidad global que potencialmente puede tener la difusión de contenidos en Internet– no resulta de la redacción del art. 7.2º RB I bis, de modo que no cabe entender que contraría su redacción y la facultad de demandar que atribuye a los posibles perjudicados el entender que en ciertas situaciones pudiera resultar adecuado que, además de la accesibilidad del sitio web en el foro, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda para declararse competente en tanto que lugar de manifestación del daño en el marco del art. 7.2º

debiera apreciar –sin tener que recurrir a un análisis como el que es propio del fondo del asunto– que no es descartable que la actividad del sitio web en cuestión pueda producir en el foro el daño que se invoca (ap. 34 de su sentencia en el asunto *Concurrence*, EU:C:2016:976).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

19. RENUNCIA A LA NACIONALIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO PARA OBTENER LA NACIONALIDAD DE OTRO ESTADO MIEMBRO CONFORME A LA SEGURIDAD DADA POR ESTE ÚLTIMO DE QUE SE NATURALIZARÍA AL INTERESADO (STJ GS 18 enero 2022, as. C-118/20: *JY y Wiener Landesregierung*)

20. PÉRDIDA DEL ESTATUTO DE NACIONAL DE TERCER PAÍS RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN POR AUSENCIA DEL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA POR UNOS CUANTOS DÍAS (STJ 3ª 20 enero 2022, as. C-432/20: *Landeshauptmann von Wien*)

21 LA PROBLEMÁTICA CONFLUENCIA ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: UN CAPÍTULO MÁS EN LA SAGA *MICULA* (STJ GS 25 enero 2022: as. C-638/19 P: *Comisión / European Food y otros*)

Observaciones: La esperada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 25 enero 2022 en el asunto C-638/19P, *Comisión Europea contra European Food SA y otros*, (en adelante, sentencia *European Food*), que trae causa en la disputa arbitral en materia de inversiones *Micula c. Rumanía*, es el referente más reciente de la jurisprudencia sobre la compatibilidad de los arbitrajes de inversiones intra-UE con el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE). Como tal, es una nueva manifestación de la problemática confluencia entre el ordenamiento jurídico europeo y el Derecho internacional de las inversiones.

La disputa *Micula c. Rumanía* es ampliamente conocida. Su origen se encuentra en la aprobación y posterior eliminación, por parte de las autoridades rumanas, de un régimen de incentivos a la inversión en regiones desfavorecidas, para los inversores que hubieran obtenido un certificado de inversor permanente. Al considerar que la derogación del régimen de incentivos les había causado daños y perjuicios, los hermanos Micula solicitaron la constitución de un tribunal arbitral con arreglo al TBI Suecia-Rumanía y obtuvieron un laudo favorable el 11 diciembre 2013 por el que se concedió una indemnización por daños y perjuicios por importe aproximado de 178 millones de euros.

Tras un pago parcial por parte de Rumanía, la Comisión adoptó la Decisión C(2014) 3192, por la que se ordenaba a Rumanía que suspendiera con carácter inmediato cualquier acción que pudiera dar lugar a la aplicación o la ejecución del laudo arbitral, por considerar que tal acción sería constitutiva de una ayuda de Estado prohibida. Los inversores perjudicados por esta decisión interpusieron sendos recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea y mediante sentencia de 18 junio 2019, *European Food SA y otros c. Comisión* (en adelante, sentencia del TG) el TG anuló la Decisión controvertida en su totalidad.

La sentencia *European Food* que es objeto de análisis es el resultado del recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del TG. Las cuestiones jurídicas centrales que se plantearon en este pronunciamiento y que he analizado en mi comentario son tres: determinar la fecha relevante para valorar si el pago de una indemnización concedida en un laudo arbitral constituye ayuda de Estado, dilucidar si el cumplimiento de un laudo arbitral puede constituir ayuda de Estado prohibida por art. 107 TFUE, ap. 1, y por último, la reinterpretación y ampliación de los principios de la jurisprudencia *Achmea*.

1. La fecha relevante para valorar si el pago de una indemnización concedida en un laudo arbitral constituye ayuda de Estado. En primer lugar, en línea con las conclusiones del abogado general Szpunar, el TJUE consideró que el TG había incurrido en error de derecho al declarar que

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

la ayuda de Estado se concedió en la fecha de la derogación del régimen de incentivos. Al respecto, afirmó que: “el dato determinante para establecer la fecha en la que se confirió el derecho a percibir una ayuda de Estado a sus beneficiarios mediante una medida determinada se refiere a la adquisición por esos beneficiarios de un derecho cierto a percibir esa ayuda y al compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder dicha ayuda” (STJ *European Food*, ap. 123). De manera que: “solo el laudo arbitral concedió el derecho a la indemnización para reparar el perjuicio que los demandantes en el procedimiento arbitral alegan haber sufrido como consecuencia de la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales controvertido” (STJ *European Food*, ap. 124). En consecuencia, como el laudo arbitral se dictó durante la pertenencia de Rumanía a la UE, el TG también incurrió en error de derecho al considerar que la Comisión no era competente para adoptar la Decisión controvertida.

2. El cumplimiento de un laudo arbitral puede constituir ayuda de Estado prohibida por art. 107 TFUE, ap. 1. En segundo lugar, a pesar de la relevancia de la cuestión, en la medida en que el TG se limitó a declarar que el derecho de la UE no era aplicable *ratione temporis*, sin pronunciarse sobre los demás motivos del recurso de anulación, el TJUE no pudo examinar si el pago de la indemnización constituía materialmente una “ayuda de Estado” en el sentido de art. 107 TFUE, ap. 1.

En mi comentario he procurado señalar que es un lugar común en la doctrina más autorizada que, con carácter general, la ejecución de un laudo arbitral dictado bajo los auspicios del CIADI no equivale a ayuda de Estado ilegal.

Conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el concepto de ayuda estatal en el sentido del art. 107 TFUE, ap. 1, tiene carácter jurídico y debe interpretarse sobre la base de elementos objetivos, de forma que exige la concurrencia de todos los requisitos previstos en dicha disposición: debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario y debe falsear o amenazar con falsear la competencia.

Pues bien, la aplicación análoga de estos criterios y su interpretación jurisprudencial ha llevado a concluir que, en principio, la ejecución del laudo *Micula c. Rumanía*, dictado bajo los auspicios del CIADI, no debería calificarse de ayuda de Estado ilegal en la medida en que el pago de la indemnización no puede considerarse voluntario y el Estado carece de margen de apreciación o discrecionalidad en la ejecución del laudo.

Sin embargo, a modo de excepción a esta regla general, el cumplimiento de un laudo arbitral todavía podría constituir ayuda de Estado ilegal si la medida hallada en violación del TBI consistía, per se, en la eliminación de un régimen de ayuda de Estado ilegal. La lógica de esta excepción reza como sigue: si se permitiera el reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios causados por la supresión de un régimen de ayuda de Estado ilegal, ello equivaldría a la concesión indirecta de una ayuda de Estado ilegal, disfrazada de compensación concedida por un laudo arbitral.

El TG tendría argumentos sólidos a favor de la calificación del cumplimiento del laudo *Micula c. Rumanía* como ayuda de Estado ilegal, pero ello no quiere decir que una declaración en sentido contrario sea imposible. Sobre todo, si se llegara a concluir que, en la medida en que no hay una declaración formal por parte de la Comisión de que el régimen suprimido constituía ayuda de Estado, el supuesto no encaja en la excepción a la regla general antes comentada, o si tras explorar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Rumanía, se puede llegar a concluir que la ejecución de laudo *Micula c. Rumanía* no es una medida selectiva. El carácter acumulativo de los criterios del art. 107 TFUE, ap. 1, imposibilitaría en tal caso la calificación como una ayuda de Estado prohibida.

3. La reinterpretación y ampliación de los principios de la jurisprudencia *Achmea*. Por último, el TJUE consideró que el TG había incurrido en error de derecho al declarar que la sentencia

Achmea carecía de pertinencia en el presente caso. El TJUE confirmó que el esquema de resolución de controversias establecido por el TBI Suecia–Rumanía es incompatible con el derecho de la UE. Comprobó que se trata de un tribunal arbitral externo al sistema jurisdiccional europeo, por lo que no es posible establecer un mecanismo de interacción con el TJUE ex ante, y descartó la posibilidad de interacción ex post, puesto que sus resoluciones no están sometidas a ningún control por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, lo que imposibilita todo tipo de control indirecto por parte del TJUE.

En este razonamiento, añadió un nuevo elemento a la jurisprudencia *Achmea* al declarar, que “dado que, a partir de la adhesión de Rumanía a la Unión, el sistema de vías de recurso judicial previsto por los Tratados UE y FUE sustituyó a dicho procedimiento de arbitraje, el consentimiento dado a tal efecto por dicho Estado carece en lo sucesivo de todo objeto” (STJ *European Food*, ap. 145).

En mi análisis argumenté que tal conclusión entra en contradicción directa con el tenor literal de las normas que regulan el proceso de transición como el art. 351 TFUE y el art. 6 del Protocolo de Adhesión de Rumanía y Bulgaria, que ponen de manifiesto que serán los Estados miembros, sobre la base del principio de confianza mutua y cooperación leal, los que deberán llevar a cabo las actuaciones para resolver las incompatibilidades entre sus distintas obligaciones internacionales y, en ningún caso, su intención de considerar la terminación automática de todo acuerdo que pueda encontrarse en contradicción con el derecho de la UE.

Además, la preocupación latente en el asunto *Achmea*, esto es, la posibilidad de afectación de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE debido a que el tribunal arbitral podría aplicar o interpretar el derecho de la UE no está presente en el caso *European Food*. Por ello, la decisión del TJUE parece más bien motivada por el hecho de que se trata de una controversia intra–UE y por el ánimo de sostener la postura que la Comisión mantiene en sus observaciones *amicus curiae*, en las que ha insistido en que el laudo *Micula c. Rumanía* no puede ejecutarse puesto que no se ha dictado con arreglo a un acuerdo de arbitraje válido.

Reflexiones finales. Del análisis de este pronunciamiento se desprende que la confluencia entre el ordenamiento jurídico de la UE y el Derecho internacional de las inversiones es muy compleja y está lejos de encontrar las herramientas para gestionarse adecuadamente. Si la ejecución de los laudos intra–UE se consideraba tarea imposible ante los órganos jurisdiccionales europeos, tras las sentencias *Achmea*, *PL Holdings* y *Komstroy*, la conclusión del TJUE en el asunto *European Food* – que una vez producida la adhesión, el consentimiento al arbitraje dado por Rumania en el BIT Suecia–Rumanía carece de todo objeto– añade más argumentos para denegar el despacho de ejecución. Una vez más, el TJUE demuestra su predisposición por la separación absoluta entre el Derecho europeo y el derecho internacional y cierra la puerta al diálogo judicial con los tribunales arbitrales. En esta ocasión, además, fuerza los principios instaurados en la sentencia *Achmea* hasta el punto de pretender extenderlos a un arbitraje de inversiones en el que tanto los hechos como el inicio del procedimiento de arbitraje preceden al estatus de Estado miembro de la UE.

Por otra parte, todavía persiste la duda de si la ejecución de un laudo arbitral puede calificarse como una ayuda de Estado prohibida por el art. 107 TFUE, ap. 1. Desde luego, esta cuestión de fondo es pertinente a los efectos de completar los principios que rigen el régimen jurídico de las ayudas de Estado, aunque en el contexto general pierde algo de relevancia frente a la anterior conclusión que ataca la validez del propio procedimiento de arbitraje y constituye argumento suficiente, ante un órgano jurisdiccional europeo, para denegar la ejecución del laudo *Micula c. Rumanía*.

En todo caso, concluimos que Rumanía se encuentra ante un dilema jurídico de difícil resolución sin incumplir alguna de sus obligaciones internacionales. Por una parte, está vinculada por el derecho de la UE desde el mismo momento de su adhesión (ello incluye la jurisprudencia del TJUE sobre la incompatibilidad de los laudos intra–UE con el Derecho de la UE y las normas

sobre ayuda de Estado) y, por otra parte, como Estado signatario del Convenio CIADI, tiene la obligación de reconocer y ejecutar, sin condición alguna, los laudos que emanen de esta institución.

Dorina C. SUCIU *

22. LA LEY 58/2003, DE 17 DE DICIEMBRE, GENERAL TRIBUTARIA QUE OBLIGA A LOS RESIDENTES FISCALES EN ESPAÑA A DECLARAR SUS BIENES O DERECHOS SITUADOS EN EL EXTRANJERO ES CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN (STJ 1ª 27 enero 2022, as. C-788/19: *Comisión/España*)

Observaciones: 1. El art. 1.7º Ley 7/2012 de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (BOE 30.10.2012), introdujo en la LGT la DA 18ª, en la que se establecía la obligación de informar sobre la tenencia de bienes y derechos situados en el extranjero. El nº2 de la DA 18ª se ocupaba de las infracciones y de las sanciones, considerando infracciones tributarias muy graves la no presentación en plazo y la presentación incompleta, inexacta o con datos falsos de las declaraciones informativas, así como la presentación por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando existiera la obligación de hacerlo por dichos medios. Estas infracciones y sanciones eran incompatibles con las establecidas en los arts. 198 y 199 LGT. Finalmente, la DA 18ª, nº 3, establecía que las leyes de cada tributo podrían establecer consecuencias específicas para el caso de incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información. Así, los arts. 39 LIRPF y 121 LIS contenían el régimen de los bienes y derechos no contabilizados o no declarados. En ellos se establecía una regla especial sobre la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en plazo la obligación de información a que se refiere el Modelo 720, regulado en la DA 18ª LGT, considerándolos ganancias patrimoniales no justificadas e integrándolos en la base liquidable general sin que les fuera aplicable la regla de prescripción. Finalmente, la DA 1ª de la Ley 7/2012 regulaba el régimen sancionador, considerando que se cometía una infracción tributaria muy grave, sancionable con una multa pecuniaria proporcional del 150 por 100 del importe de la base de la sanción.

2. En noviembre de 2015, la Comisión envió al Gobierno de España un escrito en el que le comunicaba que algunos aspectos de la regulación de la obligación de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero mediante el Modelo 720 eran incompatibles con el Derecho de la UE. Ello acabaría con la interposición por la Comisión de un recurso contra España ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-788/19, *Comisión/España*), en el que solicitaba que se declarase que España había incumplido las obligaciones contenidas en los arts. 21, 45, 56 y 63 TFUE y en los arts. 28, 31, 36 y 40 AEEE. Se basaba en algunas de las consecuencias que la normativa española anudaba al incumplimiento o al incumplimiento incorrecto de la obligación de información, tal como considerar los activos como ganancias patrimoniales no justificadas que no prescribían, la imposición automática de una multa fija del 150 por 100, así como la aplicación de multas fijas por un importe superior al previsto con carácter general para las sanciones por infracciones similares. Si bien consideraba que, en principio, estas medidas podrían ser adecuadas para lograr el objetivo de la prevención y la lucha contra la elusión y el fraude fiscal, las consideraba desproporcionadas. El asunto concluyó con la sentencia de 27 enero 2022, objeto de este comentario, en la que se declaró que diversos aspectos de la normativa contravenía el libre movimiento de capitales regulado en los arts. 63 TFUE y 40 AEEE.

3. Las consecuencias del incumplimiento, o del incumplimiento incorrecto, de la regulación de la obligación por parte de los residentes de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero afectaban a diversas libertades comunitarias, pero finalmente se analiza la

* Doctora en Derecho por la Universidad de Almería. Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

compatibilidad con la regulación de la libertad principalmente afectada, esto es, el libre movimiento de capitales. El Tribunal empieza por considerar que la normativa española restringe el libre movimiento de capitales en la medida en que puede disuadir, impedir o limitar a los residentes en España que realicen inversiones en otro Estado miembro. Además, al no existir la obligación de declaración para la tenencia de bienes y derechos situados en España, establece un trato diferente para los residentes en España en función del lugar de situación de los activos. Por eso analiza la posibilidad de que existan motivos que justifiquen la restricción; esto es, que sea proporcional, adecuada para garantizar el objetivo perseguido y no ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo.

4. El Tribunal considera que la normativa española sobre declaración de los bienes y derechos situados en el extranjero resulta adecuada para garantizar la eficacia de los controles fiscales, así como para luchar contra el fraude y la evasión fiscales, de manera que se justifica la restricción al movimiento de capitales por razones imperiosas de interés general. Seguidamente, examina la proporcionalidad de las sanciones previstas para el caso de incumplimiento, o de incumplimiento defectuoso o extemporáneo, de la obligación de información mediante el Modelo 720. La mera tenencia de bienes o derechos en el extranjero por el contribuyente residente no puede fundamentar una presunción general de fraude y evasión fiscales. Igualmente, una norma que presuma un comportamiento fraudulento solamente por cumplirse los requisitos previstos en ella y sin dar posibilidad alguna al sujeto interesado para destruir dicha presunción, es en principio desproporcionada y va más allá de lo necesario para lograr el objetivo de la lucha contra el fraude y la evasión fiscales. Un examen de la normativa impugnada y de la práctica de la Administración tributaria permite concluir al Tribunal que la presunción de obtención de ganancias patrimoniales no justificadas no se basa exclusivamente en la mera posesión por el contribuyente de bienes o derechos en el extranjero, puesto que la presunción se aplica ante el incumplimiento, o cumplimiento imperfecto o extemporáneo, de la obligación de declararlos. Además, de la información facilitada al Tribunal se desprendía que la presunción podía ser destruida por el contribuyente. En consecuencia, el TJUE considera que dicha presunción de ganancia patrimonial no justificada no resulta desproporcionada en relación con los objetivos de garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude y la evasión fiscales (ap. 32).

5. El siguiente paso es determinar si la regulación de la normativa española en materia de prescripción es proporcionada en relación con los objetivos que persigue (aps. 33 a 41). Los arts. 39.2º LIRPF y 121.6º LIS permitían a la Administración tributaria española proceder sin límite temporal a la regularización del impuesto adeudado por las cantidades correspondientes al valor de los bienes o derechos situados en el extranjero y no declarados, o declarados de manera imperfecta o extemporánea. De estos preceptos se deducía que el incumplimiento, o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo, de la obligación de información acarrea la inclusión en la base imponible del impuesto adeudado de las cantidades correspondientes al valor de los bienes o derechos no declarados y situados en el extranjero, aun cuando esos bienes o derechos hubieran entrado en su patrimonio durante un año o un ejercicio ya prescritos en la fecha en que debía cumplir la obligación de información. Por el contrario, el contribuyente que había cumplido en plazo la obligación de declaración conservaba el beneficio de la prescripción respecto de las eventuales rentas ocultas que hubieran servido para adquirir los bienes o derechos que poseía en el extranjero. De todo ello, el Tribunal deduce que esta normativa tenía como consecuencia no sólo la imprescriptibilidad, sino también que permitía a la Administración cuestionar una prescripción ya consumada en favor del contribuyente. Considera el Tribunal que la duración del plazo de prescripción no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos, teniendo en cuenta los mecanismos de intercambio de información y de asistencia administrativa entre Estados miembros, pero dichos objetivos no permiten la existencia de mecanismos que prolonguen indefinidamente el plazo durante en el que pueda efectuarse la imposición o que permitan dejar sin efecto una prescripción ya consumada. Por ello concluye que vincular al incumplimiento de la obligación de información mediante el Modelo 720 consecuencias tan graves como que la Administración tributaria pueda actuar sin limitación temporal o que, incluso,

se cuestione una prescripción ya consumada, va más allá de lo necesario para garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude y la evasión fiscales (ap. 41).

6. A continuación, el Tribunal examina la proporcionalidad de las multas impuestas por el incumplimiento, o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo, de la obligación de información mediante el Modelo 720. La DA 1ª de la Ley 7/2012 preveía una multa pecuniaria proporcional del 150 por 100 del importe del impuesto adeudado por las cantidades correspondientes al valor de los bienes o derechos en el extranjero, multa que se acumulaba con las multas de cuantía fija establecidas en la DA 18ª LGT, que se aplicaban a cada dato o datos omitidos, incompletos, inexactos o falsos que debían declararse. El importe total de la multa podía superar el 100 por 100 del valor de dichos bienes o derechos, por lo que concluye que la normativa española ocasionaba “un menoscabo desproporcionado a la libre circulación de capitales” (ap. 54).

7. Después examina la proporcionalidad de las multas de cuantía fija que podían acumularse con la multa del 150 por 100. La Comisión afirmaba en sus alegaciones que “el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación de información, que constituye una mera obligación formal cuya inobservancia no ocasiona ningún perjuicio económico directo a la Hacienda Pública, lleve aparejada la imposición de multas 15, 50 o 66 veces superiores, según los casos, a las que sancionan las infracciones similares en un contexto puramente nacional, previstas en los arts. 198 y 199 de la LGT, basta para demostrar el carácter desproporcionado del importe de dichas multas” (ap. 56). Por su parte, el Tribunal afirma que “las multas pecuniarias fijadas previstas por dicha disposición establecen una restricción desproporcionada de la libre circulación de capitales” (ap. 62).

8. El TJUE acaba concluyendo que la normativa española era adecuada para garantizar la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra el fraude y la evasión fiscales, considerando así proporcionada la presunción de ganancia patrimonial no justificada de los activos en el extranjero no declarados mediante el Modelo 720. Sin embargo, considera que el régimen de imprescriptibilidad de la obligación de información de los bienes y derechos poseídos en el extranjero va más allá de lo necesario para garantizar la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra el fraude y la evasión fiscales. Igualmente, considera restricciones desproporcionadas al libre movimiento de capitales la imposición, por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación formal de declaración, de una multa del 150 por 100 del importe del impuesto adeudado, así como su eventual acumulación con otras multas de cuantía fija, que no guardan proporción con las previstas para supuestos análogos. En consecuencia, declara que la normativa española incumple las disposiciones sobre libre movimiento de capitales previstas en los arts. 63 TFUE y 40 AEUE, condenando en costas a España (ap. 63 y Fallo).

9. Los efectos legales de la sentencia no se hicieron esperar. Así, la Ley 5/2022, de 9 de marzo (BOE de 10.3.2022), suprimió el art. 121.6 LIS, dio nueva redacción a la DA 18ª LGT y al art. 39 LIRPF y derogó las DDAA 1ª y 2ª de la Ley 7/2012. Con estas modificaciones se ha querido sanear el ordenamiento de los defectos declarados por el Tribunal de Justicia, consiguiendo que la nueva normativa rigiera la presentación del Modelo 720 correspondiente al ejercicio del 2021, que finalizaba el 31 de marzo, siendo aplicable el régimen sancionador general previsto en la LGT, con un plazo de prescripción de cuatro años.

Federico F. GARAU SOBRINO *

23. LA COMISIÓN NO INCURRIÓ EN ERROR DE DERECHO AL DECLARAR, EN LA DECISIÓN IMPUGNADA, QUE UN TRIBUNAL ARBITRAL INSTITUIDO DEBERÍA RESPETAR Y APLICAR EL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA (STG 8ª ampl. 2 febrero 2022, T-616/18: *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo / Comisión*)

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de las Islas Baleares

24. CONCEPTO DE LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN QUE SIRVA DE BASE A LA DEMANDA EN CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO (STJ 9^a 3 febrero 2022 (as. C-20/21: *LOT Polish Airlines*))

Observaciones: 1. La STJ 3 febrero 2022, *LOT Polish Airlines*, C-20/21 realiza una interpretación restrictiva de la localización de la prestación del servicio como criterio atributivo de jurisdicción del art. 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento (UE) 1215/2012 (RB I bis) cuando se presenta una pluralidad de localizaciones, que dificultan la concreción del foro. Dicha sentencia viene a completar las sucesivas interpretaciones que TJUE ha realizado en el marco de la contratación de transporte aéreo de pasajeros (sentencia de 9 julio 2009, *Rehder*, C 204/08; la sentencia de 7 marzo 2018, *Flightright* y otros, C 274/16, C 447/16 y C 448/16, o la sentencia de 26 marzo 2020, *Primera Air Scandinavia*, C-215/18).

2. Esta decisión se plantea en el marco de una acción de compensación de los pasajeros aéreos por gran retraso de un vuelo de conexión, ejercitada, sobre la base del Reglamento (CE) 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. La principal aportación de la sentencia de 3 febrero 2022, *LOT Polish Airlines*, C-20/21 es que analiza la posibilidad de que el lugar de llegada de un primer trayecto en el caso de un vuelo caracterizado por una única reserva, confirmada para el conjunto del itinerario, y dividido en dos o más trayectos en los que el transporte se efectúa por transportistas aéreos distintos, pueda constituir el criterio atributivo de jurisdicción conforme determina el art. 7.1^º, ap. b) del Reglamento (UE) 1215/2012 (RB I bis). Un criterio que, de admitirse, supondría ampliar el elenco de tribunales competentes ante las acciones de compensación interpuestas por los pasajeros aéreos.

La cuestión estribaba en determinar si el lugar de llegada de ese primer trayecto podía interpretarse como el lugar de prestación de los servicios y con ello atribuir la competencia a los tribunales de ese Estado. El fallo del Tribunal el TJUE entiende que el lugar de llegada del primer trayecto en el caso de un vuelo caracterizado por una única reserva, confirmada para el conjunto del itinerario, y dividido en dos o más trayectos en los que el transporte se efectúa por transportistas aéreos distintos, no puede considerarse como el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios, en el sentido del art. 7, punto 1, letra b) Reglamento (UE) 1215/2012 (RB I bis), cuando una demanda de compensación, presentada con base en el Reglamento n.º 261/2004, tiene su único origen en el retraso del primer trayecto como consecuencia de una demora en el despegue y está dirigida contra el transportista aéreo encargado de realizar ese primer trayecto.

3. El Tribunal resuelve con base a los objetivos de proximidad, buena administración de justicia, así como el principio de previsibilidad de las normas de determinación de la competencia previstas en el RB I bis. La determinación de si del lugar de aterrizaje del primer trayecto del vuelo puede constituir el criterio atributivo de jurisdicción a los tribunales para resolver la demanda de compensación planteada dependerá de que dicho lugar garantice la vinculación más estrecha entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente y lo vincula al lugar donde deba efectuarse la principal prestación de servicios en virtud del contrato, siguiendo la doctrina establecida en sentencias anteriores como la sentencia *Rehder*. Por tanto, la competencia de los tribunales debería estar justificada en atención a los servicios prestados en el lugar en que se produce la escala. Sin embargo, el TJUE considera que se trata de un criterio que puede provocar incertidumbre por ejemplo, al valorar en qué medida el objetivo de previsibilidad requiere que esa vinculación derive del contenido del contrato y en qué medida elementos de conexión surgidos en la ejecución del contrato pueden resultar relevantes, con base en los objetivos de proximidad y buena administración de justicia, como, por ejemplo, el que se produzca una demora al desembarcar los pasajeros del avión en el lugar de la primera escala que sea el fundamento de la reclamación (al margen, en su caso, de lo previsto en el Reglamento (CE) 261/2004).

4. Algunas reflexiones sobre la interpretación del TJUE en la Sentencia *LOT Polish Airlines*, Asunto C-20/21 son que nos hallamos ante una interpretación restrictiva, ceñida únicamente a los contratos con características similares a los de la demanda de compensación en origen. No estamos ante un pronunciamiento que elimine toda posibilidad de que el foro del art. 7, punto 1, letra b) del Reglamento 1215/2012 pueda atribuir la competencia a los tribunales del lugar de llegada del primer trayecto en el caso de un vuelo caracterizado por una única reserva, confirmada para el conjunto del itinerario, y dividido en dos o más trayectos en los que el transporte se efectúa por transportistas aéreos distintos. Otras circunstancias podrían justificar el lugar de llegada de un primer trayecto como lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios, como por ejemplo que la demanda de compensación, presentada con base en el Reglamento 261/2004, se basara en el retraso del primer trayecto como consecuencia de una demora en el despegue pero estuviera dirigida contra el transportista aéreo con el que el pasajero contrató el conjunto del itinerario.

Por otro lado, la legitimación pasiva de la demanda en origen condiciona el pronunciamiento del TJUE. Atendiendo a que nos encontramos ante un contrato basado en una única reserva con la compañía aérea Lufthansa AG hubiera podido considerarse la opción de demandar a la compañía aérea Lufthansa AG y no a LOT Polish Airlines. Ciertamente, si la demanda se hubiera presentado frente a la compañía aérea Lufthansa AG, el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RB I bis)) podría haber otorgado la competencia judicial internacional a los tribunales alemanes, tal y como pretendían los demandantes. Por último, se entiende que se trata de una interpretación que corrige la falta de protección que en un principio se desprende de la norma en materia de contratos de transporte de pasajeros.

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR *

25. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UE DEL EMPLEO DE LA NACIONALIDAD COMO ELEMENTO DE VINCULACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL (STJ 3^a 10 febrero 2022, asunto C-522/20: *OE*)

Observaciones: 1. La cuestión abordada por el Tribunal de Justicia en esta sentencia es la compatibilidad con la prohibición de toda discriminación por nacionalidad contenida en el art. 18 TFUE del empleo por las normas de competencia judicial internacional de la nacionalidad como elemento relevante de vinculación con un Estado miembro. En el litigio principal un cónyuge italiano que había dejado la residencia habitual del matrimonio en Irlanda para pasar a residir en Austria pretendía que los tribunales de su nuevo país de residencia eran competentes para conocer de su demanda de divorcio frente a su cónyuge de nacionalidad alemana que mantenía su domicilio en Irlanda. Sostenía el demandante que para ello bastaba el transcurso de seis meses de residencia por su parte en Austria, al considerar que la distinción establecida en los guiones 5 y 6 del art. 3.1^o.a) RBIIbis resultaba incompatible con la prohibición de discriminación por nacionalidad del art. 18 TFUE.

2. Como es conocido, esas normas (cuyo contenido se mantiene en el Reglamento (UE) 2019/1111 o RBIIter que ha derogado al RBIIbis a partir del 1 agosto 2022) diferencian, al atribuir competencia a los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandante, en función de si es nacional o no del Estado miembro en cuestión. Si es nacional, solo se exige que haya residido ahí los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda; por el contrario, si no lo es –como sucedía en el litigio principal– se requiere que ese periodo de residencia sea al menos un año en ese Estado. De manera coherente con el significado y función de la nacionalidad como criterio de conexión, en particular en el ámbito del estado civil y del Derecho de familia, el Tribunal de Justicia rechaza el planteamiento del demandante.

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universitat de les Illes Balears.

3. El Tribunal de Justicia establece que, a la luz de los objetivos perseguidos por el art. 3.1º.a) RIIbis, la situación en la que se encuentra el cónyuge demandante que ha dejado la residencia habitual del matrimonio para pasar a residir en el Estado miembro del que es nacional no es comparable a la de quien ha dejado la residencia habitual del matrimonio para pasar a residir en un Estado miembro del que no es nacional. Al considerarse situaciones que no son comparables, el principio de no discriminación no se opone a que puedan ser tratadas de manera diferente.

4. Los objetivos cuyo equilibrio persigue esa norma según el Tribunal aparecen sintetizados en el ap. 29 de la sentencia: de una parte, la movilidad de cada uno de los cónyuges dentro de la Unión y, de otra, la seguridad jurídica del cónyuge demandado, que requiere la existencia de un vínculo real entre el demandante y el Estado miembro a cuyos tribunales se atribuye competencia para decidir sobre su vínculo matrimonial. Este segundo objetivo es el que el Tribunal entiende que justifica la consideración de que no se trata de situaciones comparables, en la medida en que la nacionalidad determina la existencia de una conexión entre el cónyuge demandante y el foro que resulta relevante de cara a satisfacer la exigencia de un vínculo real para salvaguardar la seguridad jurídica del demandado (aps. 31 y 32 con referencia al Informe Borrás explicativo del llamado Convenio Bruselas II en el que tiene su origen el RIIbis).

5. Por ello, la nacionalidad puede ser tenida en cuenta a los efectos de prever un plazo menor de residencia en el foro del demandante cuando éste es nacional del Estado miembro en cuestión. Aunque el Tribunal no hace referencia de manera expresa a la “previsibilidad” del foro para el demandado, pone de relieve que la nacionalidad del cónyuge es un elemento objetivo de vinculación que es conocido por el cónyuge demandado, de modo que podría esperar la presentación de una demanda de disolución matrimonial ante los tribunales de ese Estado una vez que el cónyuge en cuestión ha dejado la residencia habitual del matrimonio (ap. 35). El Tribunal avala que al establecer los criterios de conexión se presuma que una persona mantiene con el Estado del que es nacional vínculos más estrechos que los que mantienen quienes no son nacionales del mismo (ap. 37).

6. Más allá de las cuestiones planteadas por las normas de competencia judicial internacional, en los últimos años se ha asistido a un progresivo abandono de la nacionalidad como punto de conexión en normas de Derecho aplicable, desplazado por la creciente relevancia de la autonomía de la voluntad y la preferencia de la residencia habitual como punto de conexión. Si bien hay sólidas razones de política legislativa que avalan esa evolución y su consolidación de cara al futuro, la sentencia reseñada resulta coherente con la idea de que esa evolución no viene impuesta con carácter general por la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del art. 18 TFUE.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

26. LEY APLICABLE A INVERSIONES EN PLANTACIONES DE ÁRBOLES (STJ) 8ª 10 febrero 2022, as. C-595/20: *ShareWood Switzerland*)

Observaciones: 1. El criterio adoptado en esta sentencia por el Tribunal de Justicia contribuye a reforzar la protección de quienes al margen de su actividad profesional o empresarial realizan inversiones transfronterizas en plantaciones de árboles de maderas valiosas. La sentencia produce ese resultado en la medida en que interpreta el art. 6 RRI en el sentido de que la circunstancia de que los contratos en los que se formalizan tales inversiones incluyan un arrendamiento para dejar crecer los árboles en un determinado terreno no es suficiente para considerar que se trata de contratos que tienen “por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble” (art. 6.4º.c RRI), de modo que no quedan excluidos del régimen de protección de los consumidores del art. 6 RRI.

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

2. Las circunstancias del litigio principal son ilustrativas de la relevancia práctica de la cuestión. En ese litigio un inversor residente en Austria había demandado ante los tribunales austriacos a la sociedad suiza con la que había contratado esas inversiones relativas a plantaciones situadas en Sudamérica. Determinante, según parece, para el eventual éxito de la demanda era la aplicación de la legislación austriaca de protección de los consumidores. Ahora bien, la parte demandada se oponía a esa circunstancia con base en la existencia en el contrato de una cláusula de elección del Derecho suizo como aplicable.

3. La consideración como consumidor del inversor no resulta controvertida, lo que cabe entender que en el caso concreto –relativo a ciertos terrenos en Brasil– se consideraba determinante de la competencia de los tribunales de su residencia habitual (Austria) en virtud de lo dispuesto en los arts. 17 a 19 RB I bis. A este respecto, resulta relevante que, a diferencia de lo sucede con las normas de protección de los consumidores en materia de competencia judicial RB I bis (ámbito en el que, no obstante, podría ser relevante la interpretación de la competencia exclusiva del art. 24.1º en la medida en que el bien inmueble estuviera situado en un Estado miembro), en el ámbito de la ley aplicable el art. 6.4º.c) RRI prevé una excepción, en virtud de la cual su régimen de tutela –que conduce, en síntesis, a que el consumidor no pueda quedar privado de la protección que le atribuyen las normas imperativas del país de su residencia habitual (en este caso, Austria)– no resulta de aplicación a los contratos de consumo que tienen “por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble”. La parte demandada (así como los tribunales austriacos que se habían pronunciado previamente) consideraba que los contratos de inversión en plantaciones de árboles de maderas nobles controvertidos debían quedar comprendidos en esa categoría, de modo que estaban regidos por el Derecho suizo de acuerdo con la cláusula sobre ley aplicable del contrato, sin que el consumidor austriaco pudiera invocar la normativa de protección de los consumidores austriaca con base en el art. 6 RRI. El Tribunal de Justicia llega a una conclusión diferente.

4. La sentencia analiza sucesivamente por qué los contratos controvertidos, que caracteriza como “contratos de compraventa, que incluyen un contrato de arrendamiento y un contrato de prestación de servicios, relativos a unos árboles plantados en un terreno arrendado con el único objetivo de recolectarlos con fines lucrativos” (ap. 39 y fallo de la sentencia), no son contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario ni contratos de arrendamiento de un bien inmueble a los efectos del art. 6 RRI.

5. Con respecto al primero de esos aspectos, el Tribunal de Justicia rechaza de plano la asimilación de los árboles plantados a bienes inmuebles a los efectos del art. 6.4º.c) RRI (aps. 23 y 25), poniendo de relieve que la finalidad principal del contrato es generar ingresos por la venta de la madera resultante de la recolección de los árboles, sin que en ningún caso se transmita el derecho de propiedad sobre el terreno en el que están plantados sino solo sobre los árboles plantados con el único objetivo de ser recolectados (aps. 26 y 27). Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que se trata de contratos relativos a los frutos de la explotación del terreno en virtud de los cuales el propietario o poseedor puede disponer de tales frutos sin afectar al derecho de propiedad sobre el terreno ni a los demás derechos reales sobre el mismo, de modo que no son contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario a los efectos del art. 6.4º.c) RRI (aps. 28 y 29).

6. De cara a concluir que tampoco se trata de contratos que tengan por objeto el arrendamiento de un bien inmueble, resulta determinante para el Tribunal el análisis del contrato en su conjunto y la identificación de su objeto esencial. En el caso concreto, la operación incluía una serie de contratos de compraventa relativos a los árboles junto con un contrato marco que contenía, además de un contrato de prestación de servicios, el contrato de arrendamiento que confería el derecho a dejar que crecieran y cuya renta arrendaticia quedaba comprendida en el precio de compraventa de dichos árboles (ap. 6).

7. A partir de su jurisprudencia previa relativa a la norma RB I bis sobre competencia exclusiva en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y de la exigencia de coherencia

en la interpretación RB I bis y del RRI, el Tribunal establece que tratándose de contratos complejos la mera existencia de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble no es suficiente para apreciar que estamos ante un contrato que deba ser considerado como tal a los efectos del art. 6.4º.c) RRI (ni del 24.1º RB I bis) (aps. 30 a 37 de la sentencia). Resulta necesario en tales casos valorar si existe una relación suficientemente estrecha entre el contrato y el bien inmueble de que se trate. Considera el Tribunal que una vinculación de ese tipo no está presente cuando el objeto esencial del contrato no es el uso en el marco del arrendamiento del terreno en cuestión sino generar ingresos a partir de la venta de la madera recolectada, de modo que el arrendamiento resulta básicamente un medio para hacer posible los elementos de compraventa y de prestación de servicios recogidos en el contrato (ap. 37).

8. La solución alcanzada por el Tribunal es coherente con la circunstancia de que el tratamiento excepcional de los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles en los arts. 6.4º.c) RRI y 24.1º RB I bis se funda en la especial conexión de tales contratos con el lugar de situación del bien inmueble. A este respecto, llama la atención que en el litigio principal de haber sido considerado aplicable el art. 6.4º.c) RRI no hubiera llevado a la aplicación de la ley del lugar situación del terreno objeto del arrendamiento (Brasil) sino a la del país de la empresa que ofertaba la inversión (Suiza), que era la designada en la cláusula de elección de la ley aplicable.

9. Al margen de lo anterior, la eventual aplicación a un contrato de arrendamiento de una ley distinta a la del lugar del inmueble objeto del arrendamiento puede resultar plenamente coherente con el alcance de la autonomía de la voluntad en el marco del art. 3 RRI, habida cuenta de la aplicación solo en defecto de elección de ley aplicable de lo dispuesto en el art. 4.1.c) RRI respecto de tales contratos, sin perjuicio de lo previsto además en su art. 11.5º en materia de forma y en su caso de la aplicación del art. 10.1º Cc.

10. Por lo demás, cabe también apuntar que la sentencia reseñada resultará relevante a los efectos de concretar que contratos como los que son objeto del litigio principal también quedan al margen del fuero exclusivo del art. 24.1º RB I bis, así como de las normas sobre ley aplicable no solo del art. 6.4º.c) RRI sino también de sus arts. 4.1º.c) y 11.5 (lo que, por cierto, en la práctica típicamente favorecerá los intereses del oferente de estas inversiones en los contratos que no sean de consumo y que carezcan de una cláusula de elección de la ley aplicable).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

27. NORMATIVA NACIONAL QUE CONTEMPLA, PARA EL CASO DE SITUACIÓN IRREGULAR, LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA QUE LLEVA APAREJADA LA OBLIGACIÓN DE ABANDONAR EL TERRITORIO (STJ 3ª 3 marzo 2022, as. C-409/20: *UN y Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*)

28. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS INFRACCIONES EN LÍNEA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL UNITARIOS (STJ 5ª 3 marzo 2022, as. C-421/20: *Acacia*)

Observaciones: 1. Conforme al art. 8.2º RRII: “En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.” Esa norma tiene la función de determinar la legislación de qué Estado miembro complementa a instrumentos como el Reglamento (CE) 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDC) y el Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la Unión Europea (RMUE) en tanto que *lex loci protectionis*. Esos instrumentos no proporcionan una regulación exhaustiva de las cuestiones comprendidas dentro del alcance de la *lex loci protectionis*, lo que, unido a las limitaciones del ordenamiento jurídico de la Unión, determina la necesidad de suplementarlos con reglas de los Estados miembros. El carácter incompleto de esos instrumentos se manifiesta con especial intensidad en

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

lo relativo a la infracción de derechos, ámbito específico sobre el que se proyecta el art. 8 RRII, debido a la ausencia de normas sobre sanciones (sin perjuicio de la armonización alcanzada mediante la Directiva 2004/48/CE).

2. En concreto, en el caso de los dibujos o modelos comunitarios, los arts. 88.2º y 89.1º.d) RDC se remiten en relación con las cuestiones no reguladas en el propio Reglamento, y en particular las sanciones, a la legislación determinada por las normas de Derecho internacional privado del foro (el RMUE contiene disposiciones equivalentes respecto de las marcas de la Unión). En su sentencia *Nintendo* el Tribunal de Justicia puso ya de relieve cómo esa remisión debe entenderse hecha al art. 8.2º RRII. En tales circunstancias, la determinación del Estado miembro cuya ley debe ser aplicada en virtud del art. 8.2º RRII puede resultar decisiva respecto de cuestiones como la fijación de la indemnización por daños y perjuicios, la aportación de información y documentos, la rendición de cuentas o la entrega de los productos infractores para su destrucción. Cuando las infracciones van referidas a la comercialización transfronteriza de productos en línea, la concreción del “país en el que se haya cometido la infracción” a los efectos del mencionado art. 8.2º RRII presenta particulares dificultades.

3. La sentencia en el asunto *Acacia*, C-421/20, EU:C:2022:152, resulta de gran interés de cara a la futura aplicación del art. 8.2º RRII. Si bien la respuesta del Tribunal se basa en los objetivos de seguridad jurídica y de previsibilidad del RRII (ap. 45 de la sentencia) y presenta ventajas, puede introducir también nuevos elementos de distorsión. La singular complejidad del marco normativo e interpretativo aconseja abordar las siguientes cuestiones: la caracterización de este tipo de situaciones transfronterizas; el tratamiento de la competencia judicial internacional; la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia acerca del art. 8.2º RRII; la respuesta de la sentencia *Acacia* y sus ventajas; y los elementos de complejidad y las dificultades resultantes de la sentencia *Acacia*.

4. Entre las situaciones para las que la interpretación del art. 8.2º RRII resulta determinante, se encuentran aquellas en las que el supuesto infractor comercializa desde el extranjero a través de Internet productos en el territorio de uno o varios Estados miembros de la Unión. Además, puede darse la circunstancia de que el país desde el que los comercializa sea un Estado miembro o un Estado tercero.

5. A modo de ejemplo, y simplificando, en el supuesto de la sentencia *Nintendo* la demandada vendía los productos supuestamente infractores directamente mediante su sitio de Internet a consumidores situados, en particular, en Francia, Bélgica y Luxemburgo y a su filial (codemandada) que revendía los productos, en especial mediante su sitio de Internet, a consumidores situados en Alemania y en Austria. El litigio principal iba referido a la eventual infracción de los derechos conferidos por los dibujos y modelos comunitarios registrados de los que era titular la demandante por la comercialización de los productos en todos esos Estados miembros.

6. Por su parte, en el litigio principal de la sentencia *Acacia*, la demanda iba referida a la infracción, únicamente en Alemania, por una empresa domiciliada en Italia que fabrica en Italia ciertos productos supuestamente infractores y los ofrece través de Internet, distribuyéndolos en varios Estados miembros. La demanda había sido presentada en Alemania, donde tiene su domicilio la demandante titular del dibujo o modelo comunitario registrado y tenía por objeto la distribución de productos en Alemania. En los términos del ap. 21 de la sentencia: “los productos infractores controvertidos en el litigio principal se vendieron en Alemania y, a tal fin, fueron objeto de publicidad en línea dirigida a los consumidores que se encontraban en el territorio de dicho Estado miembro”. Por lo demás, el tribunal remitente en la segunda de las dos cuestiones prejudiciales contempla la situación de Alemania como Estado miembro en el que residen consumidores a quienes va dirigida la publicidad en Internet y en el que los artículos que infringen el dibujo o modelo comunitario se ponen en el mercado mediante ofertas en Internet que tienen su origen en Italia.

7. Dejando, de momento, de lado el análisis relativo a la ley aplicable es importante reseñar, con carácter previo, que tanto el RDC como el RMUE incorporan normas de competencia judicial internacional específicas, con un contenido prácticamente coincidente, que prevalecen sobre las RB I bis, que queda en esta materia parcialmente desplazado, conforme a lo dispuesto en el 67 RB I bis. La necesidad de adoptar reglas especiales de competencia internacional en el RMUE y el RDC se corresponde con las peculiares exigencias derivadas del carácter unitario de los derechos referidos al conjunto del territorio de la UE, así como con la necesidad de regular mediante normas comunes la competencia internacional en materia de infracción de tales derechos incluso en las situaciones en las que el domicilio del demandado no se encuentra en un Estado miembro.

8. Tanto el RMUE como el RDC distinguen entre, de una parte, los criterios de competencia sucesivos establecidos en los aps. 1 a 4 del art. 125 RMUE y del art. 82 RDC, que atribuyen competencia con alcance general para conocer de la eventual infracción en el conjunto de la Unión, y, de otra, el previsto en el ap. 5 de esos dos artículos, que atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro en el que se hubiera producido el hecho o el intento de violación. En este último caso la competencia se limita únicamente a los hechos ocurridos en el territorio de ese concreto Estado miembro. Con respecto a los criterios previstos en los aps. 1 a 4 del art. 125 RMUE –y del art. 82 RDC–, que atribuyen competencia con alcance general o respecto de la infracción en toda la Unión, el Tribunal de Justicia en su sentencia *Hummel* confirmó su carácter de conexiones en cascada o sucesivas. Únicamente en defecto de domicilio del demandado o, en su ausencia, de un establecimiento del demandado en un Estado miembro (arts. 125.1 RMUE y 82.1º RDC), opera el fuero del domicilio –o en su defecto establecimiento– del demandante en un Estado miembro (arts. 125.2º y 82.2º), y únicamente en ausencia de éste se atribuye competencia a los del Estado miembro en que radique la sede de la Oficina (arts. 125.3º y 85.3º), es decir España, donde se encuentra la sede de la EUIPO.

9. Para el análisis del planteamiento adoptado en el ámbito de la ley aplicable por la sentencia Acacia resulta de particular relevancia el diferente alcance de la competencia en materia de infracción atribuida por los diversos fueros establecidos en el art. 82 RDC. En virtud de lo dispuesto en el art. 83 RDC, cuando la competencia se fundamenta en lo dispuesto en los aps. 1, 2, 3 o 4 del art. 82, el tribunal en cuestión “será competente en materia de violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro”. Por el contrario, cuando la competencia del tribunal de dibujos y modelos comunitarios en cuestión se fundamenta en el ap. 5 del art. 82 RDC, “será competente tan solo sobre las violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se encuentre dicho Tribunal” (art. 83.2º). En definitiva, esta regla sobre limitación del alcance territorial de la competencia, restringida a las violaciones cometidas en el foro, opera solo cuando la competencia se funda en que se trata de los tribunales del Estado miembro en el que se hubiere cometido o pudiese cometerse la infracción en virtud del art. 82.5º RDC.

10. Con respecto a la interpretación del art. 125.5º RMUE (art. 82.5º RDC) resultó de especial relevancia la sentencia AMS Neve, referida a una demanda interpuesta en el Reino Unido (siendo todavía Estado miembro de la Unión) frente a un demandado domiciliado en España, relativa a la violación de una marca de la Unión y de dos marcas del Reino Unido, al haber puesto la demandada a la venta para consumidores en el Reino Unido, a través de un sitio web, imitaciones de productos de la demandante que llevan un signo idéntico o similar a las citadas marcas y haber publicitado dichos productos. A partir de una evolución significativa de su jurisprudencia previa, el Tribunal de Justicia rechazó el criterio de que el fuero del art. 125.5º RMUE (art. 82.5º RDC) (“...Estado miembro en el que se hubiere cometido o pudiese cometerse la infracción...”) debiera limitarse al Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó la violación alegada, considerando que permite demandar en el Estado miembro en el que la violación produce efectos, en particular, cuando se trata de litigios respecto de la infracción de derechos unitarios en su territorio como consecuencia de actividades de comercialización en línea específicamente dirigidas (entre otros) a su territorio (aps. 56–57). Para que un órgano judicial se declare

competente en virtud del art. 125.5º RMUE (82.5º RDC) “tiene que asegurarse, cuando debe controlar su competencia judicial para resolver sobre la existencia de una violación en el territorio del Estado miembro al que pertenece, de que los actos imputados al demandado se hayan cometido en dicho territorio” (ap. 46). Además, estableció que en el caso de las ofertas de productos por Internet resulta relevante a esos efectos el territorio a cuyos consumidores está destinada la oferta (ap. 47 a 49 de la sentencia *AMS Neve y otros*).

11. El Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez sobre la interpretación del art. 8.2º RRII en la mencionada sentencia *Nintendo*. Como punto de partida, constató que el concepto de “país en el que se haya cometido la infracción”, en tanto que punto de conexión del art. 8.2º RRII, debe ser objeto de interpretación autónoma. Además, puso de relieve que es una regla específica diferenciada del criterio general *lex loci damni*, establecido en el art. 4 RRII, así como que el objetivo de previsibilidad es fundamental en su interpretación. A partir de lo anterior, el TJUE estableció en la sentencia *Nintendo* que el criterio de conexión “el país en el que se haya cometido la infracción” del art. 8.2º RRII, en supuestos en los que se reprochan varias infracciones que tuvieron lugar en diferentes Estados de la Unión, debe entenderse referido al “país en que se encuentra el lugar en que se ha producido el hecho generador del daño” (ap. 98). A tal fin no es necesario referirse a cada acto de infracción, sino que debe apreciarse “de manera global el comportamiento” del demandado.

12. En concreto, la sentencia *Nintendo* proporcionó pautas de interpretación para la localización de ese lugar con respecto a ciertas actividades de infracción típicas llevadas a cabo a través de Internet, como las que resultan de las ventas de ciertos productos infractores a través de un sitio de Internet destinado a clientes situados en varios Estados miembros distintos de aquel en el que se inicia el proceso de publicación de la oferta infractora por Internet. El Tribunal concluyó que, respecto de la comercialización de productos a través de un sitio de Internet en esas situaciones, tal lugar es aquel “en que se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta a la venta por parte de(l) operador en el sitio (web) de su propiedad” (ap. 108).

13. En síntesis, en la sentencia *Acacia* el Tribunal de Justicia viene a establecer que el criterio que elaboró en *Nintendo*, según el cual el art. 8.2º RRII conduce a la aplicación de la ley del (Estado miembro) en el que se ha producido el hecho generador del daño (con frecuencia aquel en el que se inicia el proceso de publicación de la oferta infractora por Internet), no opera en un asunto como *Acacia*. El Tribunal se distancia respecto de este particular del criterio expresado por el órgano jurisdiccional remitente, por la Comisión y por el Abogado General en sus conclusiones. En concreto, el Tribunal de Justicia establece que la respuesta en *Nintendo* respondía a las exigencias de un caso en el que “se imputaban a un mismo demandado, en una misma acción judicial, actos de infracción cometidos en diferentes Estados miembros”, lo que no sucede en *Acacia*. El recurso como criterio de conexión al lugar del hecho generador del daño permitía en *Nintendo* garantizar la aplicabilidad de una sola ley respecto de una acción por infracción referida a hechos cometidos en el territorio de cualquier Estado miembro para la que tiene competencia un tribunal que conoce con base en lo dispuesto en el art. 82, aps. 1, 2, 3 o 4 RDC (aps. 47 y 48 de la sentencia *Acacia*). El empleo de ese criterio en un asunto como *Acacia* implicaría aplicar la ley de un Estado miembro distinto (Italia) a la del único a cuyo territorio va referida la infracción objeto del litigio (Alemania), que además coincide con el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto en virtud del art. 82.5º RDC.

14. Cabe recordar que en el asunto *Acacia* la demanda iba referida a la infracción, únicamente en Alemania, de un dibujo o modelo comunitario. La demandada era la empresa italiana que fabrica en Italia ciertos productos supuestamente infractores y los ofrece través de Internet, distribuyéndolos en varios Estados miembros, si bien la demanda se limitaba a la distribución de productos en Alemania. El Tribunal establece que situaciones de este tipo quedan al margen del criterio establecido en *Nintendo*, de modo que el art. 8.2º RRII no lleva en estas situaciones a aplicar la ley del Estado miembro del hecho generador del daño. La ley del lugar de infracción a los efectos del art. 8.2 RRII coincide “en el caso de una acción por infracción ejercitada en virtud

del art. 82.5º RDC y relativa, por tanto, a infracciones cometidas o que pudieren cometerse en el territorio de un solo Estado miembro, con el Derecho de ese Estado miembro” (ap. 44 de la sentencia *Acacia*).

15. Destaca también el Tribunal que los objetivos de seguridad jurídica y de previsibilidad del RRII (cdos. 14 y 16) “se incumplirían si los términos “país en el que se haya cometido la infracción” del dibujo o modelo comunitario invocado se interpretaran en el sentido de que designan un país en el que se produjeron infracciones que no son objeto del litigio de que se trata” (ap. 45 de la sentencia *Acacia*). En situaciones de este tipo “no puede exigirse al tribunal que conoce del asunto que compruebe si existe, en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel al que se refiere la acción, un acto de infracción inicial y que se base en ese acto para aplicar la ley de ese otro Estado miembro, aun cuando tanto el citado acto como el territorio de dicho Estado miembro no se vean afectados por el litigio de que se trate” (ap. 49 de la sentencia *Acacia*). En definitiva, al no ser de aplicación el criterio de la sentencia Nintendo sino el fijado ahora para acciones relativas a la infracción en un solo Estado miembro, la ley aplicable con base en el art. 8.2º RRII por el tribunal alemán en un asunto como *Acacia* no sería la ley italiana sino la alemana.

16. No cabe negar que la solución alcanzada en la sentencia *Acacia* va unida a ciertas ventajas, pues lleva a aplicar la ley del Estado miembro a cuyo territorio va referida la infracción objeto del litigio, elimina en principio obstáculos a la tutela de los derechos y puede favorecer en esas concretas situaciones la eficacia procesal. Se trata de un criterio que conduce cuando la competencia del lugar de distribución de los productos infractores se funda en el art. 82.5º RDC a la aplicación de la *lex fori*, evitando las dificultades inherentes a la aplicación de la ley de otro Estado miembro (*vid.* A. Kur, “Easy Is Not Always Good – The Fragmented System for Adjudication of Unitary Trade Marks and Designs”, *IIC*, vol. 52, 2021, pp. 579–595, pp. 590 ss). De hecho, se trata de una solución que cabe entender que resulta obvia en situaciones en las que la infracción o la amenaza de infracción “se sitúan en el territorio de un solo Estado miembro” (ap. 44 de la sentencia *Acacia*) y en las que “[s]i bien no puede excluirse que también se haya violado el dibujo o modelo comunitario de que se trata en otros Estados miembros o en países terceros, no obstante, esas posibles violaciones no son objeto del litigio” (ap. 45 de la sentencia, en el que, en otro orden de cosas, llama mucho la atención la cuestionable referencia a que un dibujo o modelo comunitario pueda violarse en un tercer Estado, ya que si bien en un tercer Estado pueden adoptarse las decisiones y medidas que lleven a la presentación de las ofertas infractoras en los Estados miembros –es decir, los actos que dan origen a la infracción– las infracciones únicamente pueden ir referidas al territorio de la Unión).

17. De acuerdo con el ap. 49 y con el fallo de la sentencia *Acacia* su respuesta va referida a situaciones en las se trata de “actos de infracción cometidos o que pudieran cometerse en el territorio de un solo Estado miembro” y en las que, aunque haya “un acto de infracción inicial”, “tanto el citado acto como el territorio de dicho Estado miembro no se vean afectados por el litigio de que se trate.”

18. En realidad, la interpretación de esta limitación podría condicionar su aplicación respecto de las situaciones típicas de infracción en línea, por ejemplo, como las que eran objeto de la sentencia *AMS Neve*. La respuesta contenida en el fallo de la sentencia *Acacia* resulta incuestionable cuando se trata de infracciones respecto de las que no es determinante la publicidad y las ofertas de venta presentadas por vía electrónica desde otro Estado (tomando prestada esta terminología del fallo en *AMS Neve*), pero puede plantear dificultades cuando la infracción resulta directamente de tales actos de comercialización realizados en línea desde otro Estado, en la medida en que conduce a aplicar un criterio diferente al adoptado en Nintendo, basado en la aplicación de la ley del (Estado miembro) en el que se ha producido el acto de infracción inicial. Además, la idea de que el acto de infracción inicial no se ve afectado por el litigio limitado a la infracción en el Estado de distribución de los productos (ap. 50 de la sentencia *Acacia*) puede resultar controvertido cuando los supuestos actos de infracción consisten en publicidad y ofertas de venta realizadas por Internet.

19. El Tribunal de Justicia en el ap. 50 de la nueva sentencia aborda el principal elemento de duda que suscitaba al órgano remitente la marginación del criterio establecido en *Nintendo*. En concreto, con respecto a esas dudas, en el documento de trabajo sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial se constata que el órgano remitente había expresado que la no aplicación de ese criterio podría resultar contraria a la finalidad del RRII “de aplicar el mismo Derecho sustantivo en toda la Unión con independencia del tribunal competente... La interpretación de la demandante tendría como consecuencia que, en caso de una demanda referida a toda la Unión, habría de aplicarse un Derecho sustantivo diferente que en el caso de una demanda limitada a un solo Estado miembro, aunque en ambos casos la demanda se refiriese a actos y perjuicios idénticos” (ap. 7 del documento de trabajo).

20. Al respecto el Tribunal de Justicia se limita a precisar, al finalizar la sentencia *Acacia*, lo siguiente: “cabe añadir que el titular del dibujo o modelo comunitario, no puede acumular, en relación con los mismos hechos de infracción, acciones basadas en el art. 82.5 RDC y en los demás apartados de dicho artículo (véase, por analogía, la sentencia... *AMS Neve* y otros... aps. 40 y 41). Por lo tanto, no existe el riesgo de que se dé una situación en la que las pretensiones conexas de una acción por infracción con el mismo objeto sean examinadas en varios procedimientos sobre la base de distintas leyes” (ap. 50 de la sentencia *Acacia*).

21. Ahora bien, si el criterio adoptado en *Acacia* se aplica a demandas en las que los actos de infracción que se imputan al demandado consisten en publicidad y ofertas de venta presentadas por vía electrónica, lo afirmado en el ap. 50 de la sentencia no parece excluir la constatación de que en tales situaciones el titular del derecho tiene la siguiente opción. Puede elegir entre, de una parte, demandar con respecto a la infracción (solo) en un Estado miembro en el que el demandado comercializa en línea los productos a través de esas ofertas de venta –por ejemplo, EM1– (demanda que puede combinar con otras demandas en otro u otros Estados miembros relativas a sus territorios) o, de otra, demandar ante un tribunal competente con base en uno de los fueros de los aps. 1 a 4 del art. 82 (por ejemplo, el del domicilio del demandado, EM2, donde además el demandado organiza y desde donde lleva a cabo su actividad en línea) por la infracción en EM1 y en otros Estados miembros.

22. La aplicación a situaciones de ese tipo del criterio de la sentencia *Acacia* lleva a que la ley aplicable en virtud del art. 8.2º RRII a las pretensiones conexas respecto de la infracción en EM1 serán distintas en uno y otro caso, pues en el primer supuesto –demanda fundada en el art. 82.5º RDC– se aplicará la ley de EM1 y en el segundo, la ley de EM2, lo que eventualmente puede menoscabar la armonía de soluciones, así como facilitar un cierto *forum shopping*. Por lo demás, nada impide que el demandante demande en EM2 –por ejemplo, con base en el 82.1º RDC– respecto de los daños y perjuicios causados solo en EM1, lo que puede resultarle atractivo, por ejemplo, si las ofertas en línea desde EM2 –domicilio del demandado– iban dirigidas solo o básicamente a consumidores situados en EM1 y el titular de los derechos no está domiciliado en EM1. En situaciones como esta última, el criterio de *Acacia* no lleva a aplicar la *lex fori*, en la medida en que la demanda se presenta en EM2 (domicilio del demandado) pero se refiere solo a la infracción en EM1. A la luz del último inciso del fallo de la sentencia *Acacia* parece que el criterio que establece también sería aplicable en este tipo de situaciones, pese a lo que parece desprenderse del ap. 49 de la sentencia que vincula su interpretación a que la acción se haya ejercitado en virtud del art. 82.5º RDC.

23. El Tribunal de Justicia atribuye, además, especial importancia a que su respuesta en *Acacia* resulta coherente con el criterio *lex loci protectionis*, al conducir a la aplicación de la ley del Estado a cuyo territorio va referida la infracción (ap. 46 de la sentencia *Acacia*). En todo caso, no cabe desconocer que, cuando los actos de infracción que se imputan al demandado consisten en publicidad y ofertas de venta presentadas por vía electrónica, la eventual aplicación, con base en el art. 8.2º RRII, de la ley del Estado miembro donde se localiza el acto de infracción inicial sería también respetuosa con las exigencias del criterio *lex loci protectionis* (y coherente con la posición adoptada al respecto por el Tribunal en *Nintendo*). De hecho, la aplicación de una u otra ley a los

aspectos puntuales a los que va referido el art. 8.2º RRII resulta consecuencia de la remisión contenida en normas que integran la *lex loci protectionis*, como son los arts. 88.2º y 89.1º.d) RDC. Por lo demás, el art. 8.2º RRII no desempeña a ese respecto una función equivalente a su ap. 1, que sí utiliza como criterio de conexión la *lex loci protectionis*. La función del apartado segundo se limita a determinar el ordenamiento cuya normativa es aplicable para colmar las carencias del RDC en tanto que *lex loci protectionis*. Por eso, el art. 8.2º RRII debe conducir necesariamente a la aplicación de la ley de un Estado miembro. Sobre cómo concretar el criterio de conexión si el proceso de publicación de la oferta infractora en línea se localiza en un tercer Estado, lo que continúa siendo problemático con respecto a las situaciones en las que sea de aplicación la doctrina *Nintendo*, resultan de interés los aps. 76 ss de las conclusiones del Abogado General en Acacia.

24. Tal vez un elemento relevante para apreciar que la distorsión, antes reseñada, que en materia de ley aplicable introduce la eventual aplicación del criterio de *Acacia* (y no de *Nintendo*) respecto de ciertas actividades en línea, puede resultar compatible con el sistema del RRII, es el siguiente. El que una norma de conflicto lleve a la aplicación de leyes diferentes en función del Estado en el que se interponga la demanda no es algo totalmente desconocido en el sistema del RRII. En particular, no lo es precisamente en situaciones en las que la norma sobre ley aplicable se proyecta sobre ámbitos objeto de una significativa unificación en el seno de la UE. En concreto, el propio RRII contempla semejante posibilidad en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de una restricción de la competencia. Cuando se trata de situaciones en las que el mercado resulta afectado en más de un país, la ley aplicable en virtud del art. 6.3º RRII con respecto a la indemnización por los daños en un país puede variar en función de que la demanda se interponga o no antes los tribunales del domicilio del demandado.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

29. DETERMINACIÓN DEL LUGAR EN EL QUE SE HA PRODUCIDO EL HECHO DAÑOSO EN UNA ACCIÓN EJERCITADA POR UN SÍNDICO CONTRA UN TERCERO EN INTERÉS DE LOS ACREEDORES (STJ 8ª 10 marzo 2022, as. C 498/20: ZK y BMA)

Observaciones: En su Sentencia de 10 marzo 2022 el TJUE aborda tres cuestiones importantes: la relación entre reglamentos, la determinación del lugar de producción del daño en determinados supuestos de responsabilidad extracontractual, y ofrece también pautas para determinar el concepto de “vínculo manifiestamente más estrecho”, previsto en las cláusulas de escape, y en este caso especialmente en el art. 4.3º RR II (Reglamento 864/2007). Por cierto, que, en este punto, en el artículo publicado hay un manifiesto error al referirse a dicho reglamento como Reglamento 864/2008 en materia de obligaciones contractuales. La referencia debe entenderse como Reglamento 864/2007 sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y no como está publicada.

A modo sintético, los hechos que originan la cuestión prejudicial se enmarcan en una reclamación por daños ocasionados por una sociedad matriz cabecera –BMA AG–, domiciliada en Alemania, a otra sociedad del grupo –BMA NL– (domiciliada en Holanda) que es filial de una filial (también domiciliada en Holanda) de la matriz –BMA Groep–. Los daños se producen, según la parte actora, por la finalización injustificada y definitiva de la aportación de capital y de la garantía de fianzas que había venido realizando de forma regular la sociedad matriz cabecera (BMA AG) en favor de la filial de la filial (BMA NL). A causa de este comportamiento injustificado de la sociedad alemana, la sociedad holandesa se ve inmersa en un procedimiento concursal en Holanda, careciendo de activo suficiente para satisfacer íntegramente los derechos de los acreedores. Es por este motivo que el administrador del procedimiento colectivo holandés inicia, en beneficio de los acreedores, ante la jurisdicción holandesa, un procedimiento denominado *Peeters/Gatzen*, reconocido por el Tribunal Supremo de los Países Bajos.

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

Por tanto, a las autoridades judiciales holandesas que conocen del procedimiento se les plantean cuestiones referentes tanto a la competencia judicial, como al derecho aplicable; aspectos sobre los que se pronuncia el TJUE. Y en su respuesta va a incidir en aspectos relevantes, relacionados con los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012 (RB I bis) y el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia; con la relación entre los Reglamentos Roma I (ley aplicable a las obligaciones contractuales, Reglamento 593/2008) y Roma II (Reglamento 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales); o sobre la determinación de algunos elementos esenciales a la hora de determinar la competencia judicial o el derecho aplicable.

La primera cuestión que se plantea es delimitar si el procedimiento *Peeters/Gatzen* es un procedimiento que deriva directamente de un procedimiento de insolvencia, o si es un procedimiento cuyo objetivo es la obtención de una reparación por daños y perjuicios, en cuyo caso se calificaría como un supuesto de responsabilidad delictual o cuasi delictual. La delimitación es relevante, pues va a comportar la aplicación, para la determinación de la competencia judicial, RB I bis, o del Reglamento 2015/848, como base jurídica. Sobre ello ya se había pronunciado el TJUE en una sentencia anterior, en el caso C-525/17, de 6 febrero 2019, considerando que se trataba de una acción por daños y perjuicios, que no derivaba directamente de un procedimiento de insolvencia, y que por tanto se enmarcaba en el ámbito RB I bis. El TJUE opta pues por una interpretación restrictiva del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (tal y como ya había venido aplicando), limitando su aplicabilidad a los procedimientos de insolvencia propiamente dichos, y a los que derivan directamente de él.

Una vez cubierta la base jurídica, la siguiente cuestión que se plantea es si resulta aplicable la competencia judicial especial del art. 7.2º del Reglamento, y en tal caso cuál es el “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” previsto en dicha disposición para determinar la competencia judicial de los tribunales de un Estado miembro, diferentes de los tribunales del Estado del domicilio de la parte demandada, prevista en el art. 4. En la respuesta a este punto, el TJUE interpreta que el lugar de producción o de posible producción del hecho dañoso, en el caso de una indemnización colectiva por daños y perjuicios, es el lugar en el que se encuentra disponible la información sobre la evolución financiera de la sociedad sometida a un procedimiento de insolvencia, es decir, el lugar del domicilio de la entidad sujeta al procedimiento de insolvencia – en el caso la sociedad holandesa BMA NL– si es allí donde se encuentra la información sobre su actividad y su situación económica. La justificación viene fundamentada, por una parte, por las bases de aplicación del art. 7 (previsibilidad para las partes, buena administración de justicia y sustanciación adecuada del procedimiento), y por otra parte por la conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso. Por el contrario, si la acción instada por el administrador concursal se hubiera tratado de una acción por el daño indirectamente sufrido por cada uno de los acreedores, hubiera resultado de aplicación la jurisprudencia *Dumez* (STJ C-220/88, de 11 enero 1990), y no hubiera resultado de aplicación la competencia especial del art. 7.2º del Reglamento.

En cuanto a la competencia judicial, el TJUE, en la Sentencia comentada, se pronuncia también en relación con el art. 8.2º RB I bis y la competencia del órgano jurisdiccional de la acción principal para conocer de la demanda para la intervención de terceros en el proceso. El Tribunal señala que la competencia de la autoridad judicial de la demanda principal se mantiene para la demanda para la intervención de terceros mientras no decaiga su competencia para la cuestión principal. En caso contrario, perdería también la competencia para la demanda presentada por la parte interviniente.

Resueltas las cuestiones competenciales, el tribunal procede a dar respuesta a las cuestiones sobre derecho aplicable. La problemática se centra básicamente en tres aspectos: la aplicabilidad del Reglamento 864/2007, la determinación del lugar de producción del daño a los efectos de establecer el derecho aplicable, y la delimitación del término “vínculos manifiestamente más estrechos” de la cláusula de escape del art. 4.3º de dicho Reglamento.

En cuanto a la primera cuestión, el debate se centra en determinar si se trata de una relación jurídica propia del derecho de sociedades, o de las obligaciones extracontractuales. Si fuera el

primer caso, entonces la problemática quedaría excluida RR II como establece su art. 1.2º.d. En este punto, en primer lugar, tanto el Abogado General en sus conclusiones, como el propio TJUE, interpretan esta disposición señalando la relación interpretativa entre los reglamentos Roma I y Roma II, de manera que la interpretación efectuada en uno de ellos, en los aspectos de su ámbito de aplicación, que coincidan en ambos, debería ser extensiva al otro. Sentada esta cuestión relacional, el Tribunal, siguiendo al Abogado General, señala que quedan excluidos del ámbito de aplicación de ambos Reglamentos determinadas materias tanto la vida interna como de la vida externa de las sociedades. Se refiere, en cuanto a la primera, a la constitución, capacidad jurídica, funcionamiento interno y disolución de sociedades, y en cuanto a la vida externa se refiere a la responsabilidad personal de socios y administradores en cuanto a las obligaciones de la persona jurídica; y a la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables.

Teniendo en cuenta que el supuesto planteado no se incluye en ninguno de los dos aspectos mencionados, pues no afecta a los aspectos determinados por el Tribunal de la vida externa y de la vida interna de la sociedad, y que comportarían la aplicación del ámbito negativo del Reglamento, resulta aplicable el Reglamento Roma II para la determinación del Derecho aplicable a la acción Peeters/Gatzen. Llegados a este punto, el derecho aplicable sería el determinado por el art. 4.1º, lugar de producción del daño. Aquí, siguiendo con las cuestiones relacionales entre los Reglamentos, el TJUE recuerda la necesidad de coherencia en la interpretación no sólo entre las disposiciones de Roma I y Roma II, sino también con las disposiciones RB I bis –teniendo en cuenta los objetivos de cada uno y de cada una de sus disposiciones–. Sentado este principio, el Tribunal de Luxemburgo afirma que el lugar de producción del daño es el lugar de producción del daño directo, en este caso, el domicilio de la sociedad inmersa en un procedimiento de insolvencia, esto es, Holanda (cuyos tribunales, como ya hemos visto, también serían competentes por el art. 7.2º RB I bis).

Resta sólo una cuestión, que es la aplicabilidad de la cláusula de escape del art. 4.3º, que permitiría, excepcionalmente, dejar de aplicar el Derecho holandés, por un ordenamiento distinto que presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Esta es una cuestión que corresponde decidir a la autoridad nacional competente, y valorar la aplicabilidad al caso de la última frase de esta cláusula que señala que “un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”. En el caso planteado, según esta disposición, se abriría la posibilidad de aplicación del Derecho alemán, pues la sociedad matriz cabecera alemana, y la sociedad holandesa en procedimiento de insolvencia habían firmado acuerdos de financiación en los que habían acordado la aplicación del derecho alemán. Sin embargo, el Tribunal señala expresamente que un contrato anterior entre las partes no es un elemento definitivo para la aplicación de la cláusula de escape, y por tanto no es un elemento suficiente para dejar de aplicar la ley reclamada por la norma de conflicto.

Se trata, pues, de un supuesto complejo, aplicado a una institución jurídica muy particular del derecho holandés que tiene relación con los procedimientos de insolvencia, y que permite al TJUE pronunciarse sobre cuestiones tanto de competencia judicial, como de derecho aplicable; y a delimitar tanto los ámbitos de aplicación de diferentes reglamentos entre ellos, como las relaciones que deben ser tenidas en cuenta, especialmente en cuestiones relativas a la interpretación de sus disposiciones.

José M^a DE DIOS MARCER*

30. COMPETENCIA PARA LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA EN CASO DE TRASLADO DEL CENTRO DE INTERESES PRINCIPALES DEL DEUDOR CON POSTERIORIDAD A LA SOLICITUD (STJ 24 marzo 2022, as. C-723/20: *Galapagos BidCo.*)

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Observaciones: El Tribunal de Justicia resuelve que el art. 3.1º Reglamento 2015/848 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal conserva la competencia exclusiva para incoarlo cuando el centro de intereses principales del deudor (COMI) se haya trasladado a otro Estado miembro con posterioridad a la presentación de tal solicitud pero antes de que el tribunal se haya pronunciado sobre ella.

1. Mediante su segunda cuestión prejudicial, que el TJUE examinó en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si el art. 3.1º Reglamento 2015/848 debía interpretarse en el sentido de que el tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal (Reino Unido) conserva la competencia exclusiva para incoar tal procedimiento cuando el *centro de intereses principales del deudor* (COMI) se haya trasladado a otro Estado miembro (Alemania) con posterioridad a la presentación de tal solicitud, pero antes de que dicho tribunal se haya pronunciado sobre ella. El TJUE responde afirmativamente a esta cuestión reproduciendo los pronunciamientos de su sentencia de 17 enero 2006, *Staubitz-Schreiber*, C-1/04 [ECLI:EU:C:2006:39].

2. En cuanto al traslado del COMI, el TJUE recuerda que el Considerando nº. 5 del Reglamento 2015/848 enuncia el objetivo de evitar, para el buen funcionamiento del mercado interior, que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable en detrimento del conjunto de los acreedores a través de un foro de conveniencia (ap. 27 de la sentencia *Galapagos*). En opinión del TJUE, el objetivo de un funcionamiento más eficaz y efectivo de los procedimientos transfronterizos no se alcanzaría si el deudor pudiera trasladar el centro de sus intereses principales a otro Estado miembro en el período comprendido entre la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia y el momento en el que se dicta la resolución de apertura del procedimiento y, de este modo, determinar el órgano jurisdiccional competente, así como el Derecho aplicable. Consagra, en definitiva, su jurisprudencia anterior sobre la *perpetuatio fori* como un medio de prevenir la búsqueda de un foro de conveniencia por medio de un imprevisto traslado de COMI.

3. Para facilitar la aplicación de la regla y la concreción del COMI, el art. 3 del Reglamento 2015/848 establece tres presunciones *iuris tantum*, que operan salvo prueba en contrario. Al respecto de las sociedades y personas jurídicas, “se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social”. Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario: la divergencia entre la conexión formal (domicilio social, centro principal de actividad o residencia habitual) y la conexión real (lugar de administración y gestión de los intereses principales del deudor) se resolverá a favor de esta última, siempre que se demuestre que el COMI se encuentra en un Estado distinto de aquél donde el deudor tenga su sede estatutaria. Basándonos en la presunción del art. 3.1º Reglamento 2015/848, al tener Galapagos SA su domicilio social en Luxemburgo, éste debería ser en principio el COMI de la sociedad. Sin embargo, el TJUE basa la destrucción de la presunción del criterio del domicilio social para la determinación del COMI de Galapagos SA partiendo del traslado de su administración central a Fareham (Reino Unido). En su razonamiento para responder a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE parte de un doble presupuesto respecto al traslado del COMI: (i) que el COMI se situaba en el Reino Unido en junio de 2019; y (ii) que se da por válido el traslado del COMI del Reino Unido a Alemania en septiembre de 2019.

4. En nuestra opinión, el elemento esencial para la existencia o traslado de COMI reside en que éste sea determinable atendiendo a elementos objetivos y verificables por terceros. Entre estos factores, sin duda cobra importancia la publicidad que ha de darse a un supuesto traslado de COMI y las legítimas expectativas de los acreedores que deben tener conocimiento de que ese cambio se ha producido. De acuerdo con los antecedentes de que se disponen, el *Amtsgericht Düsseldorf* que declaró la apertura de un procedimiento de insolvencia en Alemania consideró que el COMI de Galapagos SA se había trasladado a Alemania tras la decisión del nuevo administrador a partir del 25 agosto 2019, día en que se informó al mercado de capitales y a los tenedores de bonos que el centro de administración se había trasladado a Düsseldorf. Compartimos con Van Calster nuestras dudas de que una simple comunicación en el mercado de capitales pueda ser considerada como suficiente para demostrar la existencia de COMI

en un Estado miembro diferente del país donde se encuentre su domicilio social y dar por válido a estos efectos el traslado de la anterior administración central desde el Reino Unido hacia Alemania, y, por los mismos argumentos, del previo traslado del COMI desde Luxemburgo al Reino Unido.

5. Quizás por ello, el aspecto más criticable de la sentencia del TJUE reside en el *non liquet* al renunciar a pronunciarse sobre la primera cuestión prejudicial, que planteaba el verdadero problema de concreción del COMI del deudor, con el argumento que “de la respuesta dada a la segunda cuestión prejudicial resulta que el tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal no tiene que examinar, en tales circunstancias, si el centro de intereses principales del deudor se sitúa en dicho Estado miembro”. Precisamente, esa era la cuestión clave en la duda que se le planteaba al órgano remitente: si el COMI como criterio de competencia para abrir el procedimiento principal de insolvencia de Galapagos SA, estaba en Luxemburgo (sede social), o si cabía destruir la presunción para fijarlo en el Reino Unido (sede de administración tras primer traslado) o en Alemania (sede de administración tras el segundo traslado) y, en ese caso, qué criterios o factores se consideran suficientes para que sea determinable atendiendo a elementos objetivos y verificables por terceros.

6. En nuestra opinión, una interpretación teleológica de los elementos fácticos del supuesto permitiría sostener que el traslado en dos ocasiones en menos de tres meses de la administración central del deudor (y no de su domicilio social), primero al Reino Unido en junio de 2019, y después a Alemania en agosto de 2019, podrían haber sido considerados como una estrategia fraudulenta que perseguía un foro de conveniencia prohibido por el Reglamento. Esta interpretación habría tenido como consecuencia la ausencia de ruptura de la presunción en favor del domicilio social en Luxemburgo. Pero, claro, este planteamiento no había sido contemplado de forma expresa, aunque sí de forma tácita, entre las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Bundesgerichtshof* y su completo análisis excedería, probablemente, del objeto de este comentario.

7. Respecto a la incidencia del Brexit en la resolución de la cuestión prejudicial, el TJUE razona que en la fecha de expiración del período transitorio previo al Brexit (31 diciembre 2020), la *High Court* no se había pronunciado aún sobre la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia principal. De acuerdo con lo previsto en el art. 2.8º Reglamento 2015/848, el momento de apertura del procedimiento es el punto de conexión temporal a partir del cual surte efecto la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, independientemente de que dicha resolución sea o no definitiva. Dado que la *High Court* no se había pronunciado aún sobre la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia principal a fecha 31 diciembre 2020, la eventual decisión de la *High Court* ya no gozaría de la libertad de circulación de resoluciones judiciales ni del principio de confianza recíproca que se predica de las decisiones adoptadas en el espacio judicial comunitario entre los Estados miembros, y la competencia del tribunal inglés ya no estaría sometida al Reglamento 2015/848.

8. En consecuencia, el *Amtsgericht Düsseldorf* ya no estaba condicionado por la previa solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia principal presentado en junio de 2019 ante la *High Court* para la apertura de un proceso ante los tribunales alemanes, pues, como bien afirma el propio TJUE,

“en la fecha de expiración de ese período transitorio, a saber, el 31 diciembre 2020, la *High Court* no se había pronunciado aún sobre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal, de ello resultaría que el Reglamento 2015/848 no exigiría ya que, a raíz de dicha solicitud, un tribunal de un Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales de Galapagos se abstuviera de declararse competente a efectos de la apertura de tal procedimiento”.

Ángel María BALLESTEROS BARROS *

31. AMPLIO CONCEPTO DE RESOLUCIÓN Y ELUSIÓN DEL EXEQUÁTUR EN EL RB I BIS (STJ 3ª 7 abril 2022, as. C-568: *H. Limited*)

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Universidad de Cádiz.

Observaciones: 1. El amplio alcance de la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el seno de la UE con base en el RB I bis puede facilitar indirectamente la ejecución en los Estados miembros de las resoluciones judiciales de terceros Estados, en la medida en que permite eludir el exequátur o procedimiento equivalente al que se subordina la ejecución de la resolución del tercer Estado (por ejemplo, en España, en ausencia de convenio internacional que disponga otra cosa, conforme a lo dispuesto en la Ley 29/2015), cuando previamente se ha obtenido en otro Estado miembro un auto con fuerza ejecutiva fundado en la resolución del tercer Estado. La circunstancia de que la resolución del Estado miembro tenga como objeto la declaración de ejecutividad de una sentencia de un tercer Estado no excluye su calificación como “resolución” de un Estado miembro a los efectos de los arts. 2 y 39 del Reglamento, de modo que gozará también de fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros, lo que abre la posibilidad en las situaciones típicas de prescindir de la necesidad de tramitar el exequátur respecto de la resolución del tercer Estado. En concreto, en el litigio principal en el asunto *H Limited*, una entidad financiera había obtenido un auto de requerimiento de pago, mediante el que la *High Court* inglesa condenó a una persona física residente en Austria (y, según parece, sin ningún nexo evidente con el Reino Unido, nota a pie 37 de las conclusiones del Abogado General en este asunto), a abonar ciertas cantidades en ejecución de dos sentencias dictadas por tribunales jordanos por las que se condenó a la persona en cuestión a pagar el saldo deudor de dos préstamos. El criterio del Tribunal de Justicia conduce a dotar de fuerza ejecutiva en Austria (y los demás Estados miembros) –dejando, obviamente, a salvo lo dispuesto en los arts. 45 y 46 RB I bis y la eventual denegación de su eficacia con base en alguno de esos motivos– al auto de requerimiento de pago de la *High Court* –al que resultaba de aplicación por razones temporales todavía el RB I bis–, de modo que no sería preciso obtener la declaración de ejecutividad de las sentencias jordanas en Austria.

2. La sentencia *H Limited* reafirma el planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Gothaer*, que conduce a una interpretación muy amplia del concepto de resolución a los efectos RB I bis, sin diferenciar en función de su contenido, siempre que haya podido ser objeto de un procedimiento contradictorio –aunque sea sumario– en el Estado miembro de origen (aps. 24, 26 y 32 de la sentencia *H Limited*, con ulteriores referencias). Esa amplitud permite que abarque resoluciones que tradicionalmente en los regímenes de fuente interna se han considerado no susceptibles de reconocimiento o ejecución, en particular por no contener pronunciamientos sobre el fondo del asunto, limitándose a cuestiones procesales (por ejemplo, la competencia o incompetencia de los tribunales, como sucedía en el asunto *Gothaer* en torno a la eficacia de un acuerdo de jurisdicción) o a la verificación de si una resolución extranjera es susceptible de reconocimiento o ejecución, como es característico de los pronunciamientos de exequátur y se refleja en el rechazo tradicional del llamado doble exequátur (*L'exequatur sur l'exequatur ne vaut*).

3. La exigencia de una interpretación tan amplia del concepto de “resolución” a los efectos del art. 2 RB I bis deriva del significado atribuido al objetivo de la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en ese instrumento, así como del principio de confianza recíproca entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (aps. 28 y 29).

4. El Tribunal constata que, en ausencia de normas comunes, son los Estados miembros los que establecen el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de terceros Estados, lo que conduce a una disparidad de soluciones en el seno de la Unión, tanto en lo relativo a los requisitos exigidos como a los procedimientos que deben seguirse (aps. 34 a 36). Ahora bien, considera que esa disparidad no puede ser obstáculo al carácter ejecutivo en todos los Estados miembros (art. 39 RB I bis) de una resolución ejecutiva de un Estado miembro, aunque se haya adoptado sobre la base de sentencias extranjeras en el marco de un procedimiento destinado únicamente a obtener su eficacia (aps. 35 a 39 de la sentencia). El que la resolución en cuestión del Estado miembro se beneficie de la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento –sin necesidad de tramitar en los demás Estados un exequátur o procedimiento

equivalente– va unido a que solo pueda denegarse su eficacia si la parte que se opone invoca con éxito alguno de los motivos previstos en el art. 45 RB I bis. Entre esos motivos, en este tipo de situaciones, como refleja la nueva sentencia, puede resultar de especial interés el control de que la eficacia de la resolución del Estado miembro de origen no es manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido, incluyendo su vertiente procesal. Los apartados 42 a 46 de la sentencia *H Limited sintentizan*, a partir de la jurisprudencia previa del Tribunal, los criterios que guían la aplicación de la cláusula de orden público del art. 45.1º.a) RB I bis.

5. Al margen de otras consideraciones, esta nueva sentencia debe servir de llamada de atención acerca de la conveniencia de abordar en el seno de la Unión la unificación del régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de terceros Estados. En particular, debe ser así una vez constatada la insuficiencia de la mera participación de la UE en foros de codificación internacional, como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, debido a los obstáculos para la adopción de instrumentos convencionales con normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil que cuenten con la participación de un nº significativo de terceros Estados.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

32. CAUSANTE NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO QUE TIENE BIENES EN ESE ESTADO MIEMBRO: OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE DICHO ESTADO PARA CONOCER DEL ASUNTO DE EXAMINAR DE OFICIO LOS CRITERIOS DE SU COMPETENCIA SUBSIDIARIA (STJ 5ª 7 abril 2022, as. C-645/20: *V.A., Z.A. y T.P.*)

33. SOLICITUD DE TARJETA DE RESIDENCIA DE UN MIEMBRO DE LA FAMILIA DE UN NACIONAL DE UN TERCER PAÍS POR UN CIUDADANO DE LA UNIÓN QUE NUNCA HA EJERCIDO SU LIBERTAD DE CIRCULACIÓN (STJ 4ª 5 mayo 2022, asuntos C-451/19 y C-532/19: *Subdelegación del Gobierno en Toledo*)

34. MOMENTO EN EL QUE DEBE APRECIARSE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL ACREEDOR ALIMENTICIO A EFECTOS DE DETERMINAR LA LEY APLICABLE A UNA PENSIÓN (STJ 4ª 12 mayo 2022, as. C.644/20: *W.J.*)

[Vid. S. Álvarez González, “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias (STJ 12 mayo 2022, asunto C-644/20: *W.J.*”. *La Ley: Unión Europea*, nº 106, septiembre 2022)]

35. TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO (CE) Nº 1393/2007: ASUNCIÓN DE LOS GASTOS DE TRADUCCIÓN POR EL REQUERENTE (STJ 7ª 2 junio 2022, as. c-196/21: *SR y EW*)

36. NAUFRAGIO DEL PRESTIGE: EL ARBITRAJE ENTABLADO EN EL REINO UNIDO NO PUEDE BLOQUEAR EL RECONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA ESPAÑOLA QUE CONDENA A LA ASEGURADORA A REPARAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA MAREA NEGRA (STJ GS 20 junio 2022, as. C-700/20: *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited*)

37. ASEGURADOR DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO, Y QUE POSEE UN ESTABLECIMIENTO EN OTRO ESTADO MIEMBRO, DEMANDADO ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL EN CUYA DEMARCACIÓN SE ENCUENTRE DICHO ESTABLECIMIENTO (STJ 8ª 30 junio 2022, as. C-652/20: *HW, ZF, MZ y Allianz Elementar Versicherungs AG*)

38. AUTO DE EJECUCIÓN FORZOSA DICTADO EN UN ESTADO MIEMBRO Y NOTIFICADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO ÚNICAMENTE EN LA LENGUA DEL PRIMER ESTADO MIEMBRO: PLAZO DE OPOSICIÓN (STJ 4ª 7 julio 2022, as. C 7/21: *LKW Walter Internationale Transportorganisation AG y CB, DF, GH*)

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

39, TRASLADO, DURANTE EL PROCEDIMIENTO, DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE UN MENOR DESDE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA A UN TERCER ESTADO PARTE DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 (STJ 4ª 14 julio 2022: as. 572/21: *CC y VO*)

[Vid. S. Álvarez González, “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 julio 2022, en el asunto C-572/21: CC)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 106, septiembre 2022]

40. PRECISIÓN DEL CRITERIO DE “RESIDENCIA HABITUAL”, PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE DIVORCIO, RESPONSABILIDAD PARENTAL Y OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS (STJ 3ª 1 agosto 2022: as. C-501/20: *MPA y LCDNMT*)

41. LA RESIDENCIA COMO MIEMBRO DE LA FAMILIA DE UN CIUDADANO DE LA UNIÓN NO ESTÁ EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA RELATIVA AL ESTATUTO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN (STJ GS 7 septiembre 2022, as. C-624/20: *E.K.*)

42. RETIRADA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL COMO CONSECUENCIA DE UN PELIGRO PARA LA SEGURIDAD NACIONAL (STJ 1ª 22 septiembre 2022: as. C-159/21: *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság y otros*)

43. LA SUSPENSIÓN, DEBIDO A LA PANDEMIA DE COVID-19, DE LA EJECUCIÓN DE UNA DECISIÓN DE TRASLADO DE UN SOLICITANTE DE ASILO AL ESTADO MIEMBRO RESPONSABLE NO INTERRUMPE EL PLAZO DE TRASLADO DE SEIS MESES (STJ 1ª 22 septiembre 2022, asuntos C-245/21 y C-248/21: *Bundesrepublik Deutschland y MA, PB y LE*)

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

44. ADOPCIÓN DE UNA PERSONA MAYOR DE EDAD Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PREVISTAS EN LOS ARTS. 21 Y 22 TER LOPJ (AAP Valencia 10ª 14 enero 2022)

Observaciones: 1. En la actualidad, la adopción se configura como una institución de protección de menores, cuya consideración principal gravita en torno al principio del interés del menor. Pese a ello, aun hoy en día, la adopción de personas mayores de edad se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico español, en tanto que está presente, aunque de manera excepcional, en el Derecho sustantivo (art. 175.2º Cc), y toda vez que esta institución también tiene cabida en las normas de DIPr. No obstante, la regulación de Derecho Internacional Privado presenta una serie de ambigüedades y lagunas de las cuales derivan cuestiones controvertidas, en particular, por lo que respecta a la constitución por las autoridades españolas de una adopción de mayores de edad con elementos de extranjería. Seguidamente, con ocasión del análisis del AAP Valencia 10ª 14 enero 2022, se expondrán algunos de los inconvenientes que suscitan este tipo de adopciones.

2. Concretamente, el citado AAP de Valencia, objeto del presente comentario, resuelve el recurso de apelación formulado contra la resolución dictada en primera instancia, por la cual se inadmitió la solicitud de adopción de una persona mayor de edad, por encontrarse el adoptante domiciliado en Alemania. El Tribunal *ad quem* estima dicho recurso de apelación, declarando que los órganos jurisdiccionales españoles resultan competentes para la constitución de la referida adopción. Alcanza tal conclusión la Audiencia Provincial, analizando, en primer lugar, los elementos internacionales que concurren en el supuesto sometido a su consideración y así, expone que el adoptante es nacional de Países Bajos y reside habitualmente en Alemania, mientras que la adoptanda tiene nacionalidad venezolana y residencia habitual en España, concretamente, en la localidad de Manises. Habida cuenta que la adopción presenta elementos extranjeros, el Tribunal entiende que no resulta aplicable el art. 33 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), porque es una norma interna de competencia territorial y por este motivo, considera, que, de acuerdo con el art. 9.2º LJV, resultaría procedente acudir a normas internacionales. Igualmente, puesto que el objeto del expediente es una adopción de una persona mayor de edad, a juicio de la Audiencia, no son de aplicación los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España en materia de protección de menores, y tampoco la Ley 54/2007 que regula la adopción internacional, atendiendo a lo dispuesto en su art. 1.

En atención a lo explicado, el Tribunal *ad quem*, en el caso examinado, fundamenta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los arts. 21 y 22 ter LOPJ, sobre la base de que el adoptando tiene su domicilio en España. Igualmente, la Audiencia indica que también se llega a la misma conclusión por la vía del art. 22 quáter, ap. d) cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España", si se entiende que la materia se refiere a la filiación por adopción. Por último, la Audiencia Provincial concluye que, dado que el domicilio del adoptante se sitúa en Alemania, no es posible determinar el juzgado territorialmente competente a través del art. 33 de la LJV, debiendo acudir a tal fin al art. 9.2º del mismo texto legal, entendiendo que el domicilio de la adoptanda es el lugar en el que el acto ha de producir sus efectos principales.

2. A la vista de los argumentos de la resolución estudiada, son varias las consideraciones que se deben realizar. Primeramente, hay que hacer notar el error en el que incurre el Juzgado de Primera Instancia, en tanto que no admite la solicitud de adopción, sobre la base de que el domicilio del adoptante se sitúa en el extranjero y olvidando un dato fundamental, como es la

residencia habitual de la adoptanda en nuestro país, al amparo de la cual podría haberse declarado internacionalmente competente para la constitución de la adopción.

3. Dicho esto, nada hay que objetar a la decisión de la Sala de apelación en favor de la competencia judicial de los juzgados y tribunales españoles para constituir la adopción objeto de autos. Sin embargo, sí que es posible formular objeciones respecto de la argumentación jurídica de la resolución dictada en segunda instancia, en tanto que contiene algunos desatinos. Ciertamente, tratándose de una adopción de una persona mayor de edad, resulta obvio que no resultan de aplicación ninguna de las normas internacionales relativas a la protección de menores que se encuentran en vigor en nuestro país. Ahora bien, se equivoca la Audiencia Provincial al decir que, según lo dispuesto en su art. 1, tampoco cabe recurrir a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional (LAI), habida cuenta que las adopciones de personas mayores de edad, como a continuación se expondrá, también quedan cubiertas por la citada ley y por tanto, en defecto de textos internacionales que las regulen, se regirán por las normas de DIPr del Título II LAI (el criterio es compartido por el AAP Granada 14 septiembre 2018, ECLI:ES:APGR:2018:855^a, y por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Cuarta Edición, Murcia, Rapid Center Color, 2022, p. 475). En este sentido, parece oportuno realizar las siguientes observaciones, que no han sido tenidas en cuenta por la Sala de apelación:

1^a) En el art. 1 LAI se distinguen dos tipos de adopciones: la adopción internacional y la adopción transfronteriza.

2^a) El art. 1.2^o LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, se ocupa de la adopción transfronteriza e incorpora literalmente el término “menor”, al referirse al adoptando. Así, contempla la adopción de un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y que debe residir en el extranjero. Dicho precepto exige además que el menor haya sido o vaya a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. Evidentemente, ello deja fuera a las adopciones de personas mayores de edad, como la del supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Valencia.

3.^a) Tal como se desprende del propio art. 1.2^o LAI, la noción de adopción internacional prevista en el vigente artículo únicamente opera respecto de las disposiciones del Título I, que incorporan únicamente los aspectos relativos a la fase administrativa previa a la constitución de la adopción y que, consecuentemente, solo operan respecto de las adopciones de menores de edad.

4.^a) En lo que se refiere a las normas de DIPr del Título II de la LAI, el vigente art. 1.1 LAI, alude genéricamente a la adopción en los supuestos en que exista algún elemento extranjero, diferenciando claramente la institución adoptiva de otras instituciones de protección de menores. Por consiguiente, de este precepto se colige que el Título II LAI comprende tanto la adopción de menores como la de personas mayores de edad o en su caso, emancipadas.

4. Una vez que se ha dejado claro que la LAI ampara a las adopciones de mayores de edad, cabe cuestionar el iter argumentativo seguido por la Audiencia Provincial de Valencia a la hora de fundamentar la competencia judicial internacional en el caso concreto. Es verdad que, estando ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal como resuelve el Tribunal de segunda instancia, el punto de partida ha de situarse en el art. 9 LJV, que, en su ap. 1, en defecto de Tratados y normas internacionales, dirige a los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como también es cierto que el art. 21 LOPJ remite a las leyes españolas cuando no se pueda determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles a través de las normas contenidas en los Tratados o Convenios internacionales y en los instrumentos legales de la Unión Europea.

No obstante, la fundamentación de la Sala, a partir de este momento, resulta de todo punto inadecuada. Así, debe indicarse que el foro del domicilio del demandado en España del art. 22 ter LOPJ, al que recurre la Audiencia Provincial de Valencia para declarar la competencia de los

órganos jurisdiccionales españoles, no puede operar en relación con los expedientes de jurisdicción voluntaria, como es el caso del expediente de adopción sometido a la consideración del Tribunal *ad quem*, toda vez que en el mismo no hay partes. Igualmente improcedente resulta la decisión de la audiencia de acudir al foro especial del art. 22 quáter d) LOPJ, puesto que el mismo está previsto para la filiación por naturaleza. Más aún, cuando la propia LOPJ ha incorporado un foro específico en materia de adopción en el art. 22 quáter e), lo cual descarta por completo la aplicación del párrafo anterior.

5. Cabe preguntarse, entonces, cómo habría debido de proceder la Audiencia Provincial. A este respecto, como ya se ha señalado, el art. 9.1º LJV remite a la LOPJ, cuyo art. 22. quáter e), a su vez dirige a la LAI. Tampoco hay que olvidar aquí que el art.41 de la propia LJV reenvía asimismo a las normas de la LAI. La LAI, en su art. 14, atribuye a los Tribunales españoles la competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales cuando el adoptando o el adoptante sean españoles o tengan su residencia habitual en España. La nacionalidad y residencia de ambas partes habrán de tomarse en consideración en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción. Llegados a este punto, no debe desconocerse que no es necesaria la intervención de la Entidad Pública en los expedientes de adopción de personas mayores de edad (art. 176.2.4ª Cc) y por ello, será el momento de la presentación de la solicitud que dará inicio al expediente de adopción en el Juzgado de Primera instancia al que habrá que atender para determinar la nacionalidad o la residencia habitual de adoptante y adoptando.

Sentadas las anteriores consideraciones, resulta claro que, en el supuesto examinado, los órganos jurisdiccionales españoles resultan competentes internacionalmente para conocer del expediente de adopción internacional, habida cuenta que la adoptanda residía en España en el momento de presentar la solicitud de adopción ante el Juzgado de Primera instancia.

6. En último término, cabe observar que tampoco atina del todo la Audiencia Provincial de Valencia en lo relativo a la determinación del concreto órgano jurisdiccional que resultará territorialmente competente para la constitución de la adopción. Ciertamente, no cabe duda de que la competencia territorial no puede fijarse en este caso conforme al art. 33 LJV, puesto que el adoptante reside en el extranjero. Como también es verdad que, en supuestos como el de autos, en el cual no es posible concretar la competencia territorial conforme a los criterios de la LJV, el art. 9.2º de dicho texto legal prevé que la competencia territorial recaerá en el órgano jurisdiccional del lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

Ahora bien, sobre este particular, hay que señalar que el Tribunal *ad quem* ha hecho caso omiso a lo previsto en el art. 16 LAI, que, tras enviar, en el ap. 1, a las normas de la jurisdicción voluntaria para determinar la competencia objetiva y territorial, facilita, en el ap. 2, una solución para aquellos supuestos en los cuales no sea posible determinar la competencia territorial con arreglo al párrafo anterior, estableciendo que ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

7. Muy probablemente, los errores cometidos en la resolución objeto de esta nota jurisprudencial haya que achacarlos a la decisión de desechar la aplicación de la LAI desde el inicio, lo que, a buen seguro, ha conducido al Tribunal *ad quem* al planteamiento erróneo de la cuestión y a una solución equivocada.

Mª Jesús SÁNCHEZ CANO*

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia.

ALIMENTOS

45. EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA BÚLGARA A INSTANCIA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, COMO ENTIDAD INTERMEDIARIA SE, SE HA AJUSTADO AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO CE 4/2009 (AAP Ourense 1ª 13 de julio 2021)
46. PARA DECIDIR LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS DEBIDAS A LOS HIJOS DE UN MATRIMONIO ARGELINO SE APLICA ART. 3 DEL REGLAMENTO 4/2009 (SAP Valencia 10ª 18 octubre 2021)
47. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A UN SUPUESTO DE DENEGACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA SOLICITADA POR LA ESPOSA DE NACIONALIDAD CANADIENSE CONTRA SU ESPOSO DE NACIONALIDAD BELGA, QUE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO EN BÉLGICA (SAP Barcelona 12ª 2 diciembre 2021)
48. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA FIJAR ALIMENTOS DE UN MENOR RESIDENTE EN ESPAÑA DE PADRES VENEZOLANOS (SAP Barcelona 18ª 11 julio 2022)

ARBITRAJE

49. PROCEDE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS E *INAUDITA PARTE* EN TRAMITACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO EXTRANJERO (AAP Madrid 8ª 7 julio 2021)
50. ESTIMACIÓN DE UN INCIDENTE DE NULIDAD ACORDANDO LA NULIDAD DEL EMPLAZAMIENTO DEL ESTADO DE MALASIA Y DE TODOS LOS SUCESIVOS ACTOS PROCESALES DE ESTE PROCEDIMIENTO INCLUYENDO EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO (ATSJ Madrid CP 1ª 29 junio 2021)
51. DENEGACIÓN DE UNA SOLICITUD QUE INTERESA QUE EL JUEZ DEL CONCURSO ACUERDE SUSPENDER O INAPLICAR UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE INTERNACIONAL CONTENIDA EN EL CONTRATO (SAP Santander 4ª 16 septiembre 2021)
52. NO CONCURRE NINGUNO DE LOS OBSTÁCULOS –MATERIALES NI FORMALES– QUE DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 IMPEDIRÍAN ACCEDER AL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ADMINISTRADO POR LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE DOHA (ATSJ Madrid CP 1ª 21 septiembre 2021)
53. EN UN PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR DE UN LAUDO CCI EL TSJ DE MADRID CONSIDERA QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL HA MOTIVADO SUFICIENTEMENTE SU CRITERIO ACERCA DE LA RAZONABILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS (ATSJ Madrid CP 1ª 21 septiembre 2021)
54. EL TSM DE MADRID OTORGA EL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO POR ÁRBITROS DESIGNADOS POR LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL – TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PORTUGAL (ATSJ Madrid CP 1ª 24 enero 2022)
55. SI LA ACTORA QUIERE PEDIR LA EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE LE CONVENGAN DE UN LAUDO CCI DICTADO EN PARÍS HA DE SOLICITAR PRIMERO EL RECONOCIMIENTO, Y PUEDE HACERLO RESPECTO DE TODAS O ALGUNAS DE LAS SOCIEDADES QUE HAYAN RESULTADO CONDENADAS (ATSJ Andalucía CP 1ª 10 febrero 2022)
56. ANTE LA CARENCIA DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO EN MÉXICO EN EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI (ATSJ Andalucía CP 1ª 3 marzo 2022)

57. ES PRINCIPIO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 EL DE AUSENCIA DE REVISIÓN EN CUANTO AL FONDO, ANTE LA EXIGENCIA A LOS ESTADOS PARTE, DE RECONOCER LA AUTORIDAD DEL LAUDO Y CONCEDER SU EJECUCIÓN, QUE TAN SÓLO SE PODRÁ DENEGAR, CONFORME A LAS CAUSALES DE SU ART. V (ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022)

58. EXECUÁTUR DE UN LAUDO POR ACUERDO DE LAS PARTES DICTADO EN NUEVA YORK EN EL SENO DE LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE (ATSJ Madrid CP 1ª 15 marzo 2022)

59. NO SE ESTÁ EJERCITANDO LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES ARBITRALES EXTRANJERAS, SINO PROMOViendo UNA MEDIDA CAUTELAR RELACIONADA CON UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO CUYA EJECUCIÓN SE LLEVA A CABO EN MARRUECOS (ATSJ Madrid CP 1ª 15 marzo 2022)

60. EXECUÁTUR DE UN LAUDO LCIA: EN CUANTO A LOS MOTIVOS DE OPOSICIÓN CONTEMPLADOS EN EL ART. V.2º DEL CONVENIO DE NUEVA YORK Y QUE PODRÍA DAR LUGAR A UNA ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA NO SE ACREDITAN NI OBSERVAN (AAP TSJ Madrid CP 1ª 5 mayo 2022)

61. SE ANULA EL LAUDO, PUES LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTROVERTIDA NO SATISFACE EL PRESUPUESTO DE VALIDEZ QUE CIERRA EL ART. 33 CONVENIO CMR (STSJ Cataluña CP 1ª 27 mayo 2022)

62. SE DESESTIMA UNA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA O PREJUDICIALIDAD CIVIL Y SE DECLARA LA EJECUTORIEDAD EN ESPAÑA DE 2 LAUDOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE FOSFA INTERNATIONAL EN LONDRES (ATSJ Andalucía CP 1ª 25 abril 2022)

63. EXECUÁTUR DE UN LAUDO DICTADO EN SAO PAULO (BRASIL) POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ATSJ Andalucía CP 1ª 20 junio 2022)

BIENES

64. SIENDO ESPAÑA EL LUGAR DE PAGO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO FINAL DE LA VENTA DE UNA VIVIENDA, EL LITIGIO DEBE DE RESOLVERSE CON ARREGLO AL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL (SAP Alicante 4ª 13 mayo 2021)

65. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO EXISTENTE SOBRE EL BIEN COMÚN DE LOS LITIGANTES SITO EN LONDRES (REINO UNIDO) CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DEL REINO UNIDO (AAP Barcelona 12ª 18 junio 2021)

66. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y LEY APLICABLE EN LITIGIOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO COMPARTIDO (SAP Tenerife 3ª 29 junio 2021)

67. EL TRIBUNAL SUPREMO INADMITE UN RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN TEMA CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO (ATS Civ 1ª 15 septiembre 2021)

68. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL ESTABLECERSE UN PACTO DE SUMISIÓN NO EXCLUSIVA A LOS TRIBUNALES INGLESES CONSIDERÁNDOSE AMPARADOS LOS DEMANDANTES CONSUMIDORES EN LO DISPUESTO EN EL ART. 63 DEL REGLAMENTO BRUSELAS 1215/2012 (AAP Málaga 5ª 15 septiembre 2021)

69. UN JUEZ DE TENERIFE PLANTEA UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJ EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES DE NACIONALES BRITÁNICOS (AJPII Granadilla de Abona 13 octubre 2021)

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

72. LA CUESTIÓN REFERIDA A LA FALTA DE COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES SOLO PUEDE SER IMPUGNADA POR MEDIO DEL CAUCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL (ATS Civ 1ª 24 febrero 2021)
73. PUESTO QUE DINAMARCA NO PARTICIPÓ EN LA ADOPCIÓN DEL REGLAMENTO 1896/2006, DE 12 DICIEMBRE 2006 POR EL QUE SE ESTABLECE UN PROCESO MONITORIO EUROPEO, DICHO PROCEDIMIENTO NO LE ES VINCULANTE NI APLICABLE (AAP Mallorca 3ª 23 marzo 2021)
74. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO DE LA INSTANCIA DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO, REGULADO EN EL REGLAMENTO (CE) N.º 1896/2006 (AAP Alicante 5ª 27 abril 2021)
75. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL TODAVÍA NO ESTÁ DETERMINADA PORQUE EL JUEZ DEBÍA DE DAR TRASLADO DE LA DEMANDA A LA PARTE DEMANDADA Y ESPERAR AL ELEMENTO DECISIVO DE SU COMPARECENCIA O FALTA DE PERSONACIÓN (AAP Vitoria 1ª 18 mayo 2021)
76. LA DEMANDANTE NO PUEDE IGNORAR LA EXISTENCIA DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES DE HAMBURGO COMO PARTE DE LAS OBLIGACIONES QUE SURGÍAN DEL CONTRATO (AAP Valencia 9ª 21 julio 2021)
77. EL HECHO DE QUE UNO DE LOS CODEMANDADOS (EL FABRICANTE) TENGA EN DOMICILIO EN GRAN BRETAÑA, NO IMPLICA QUE LAS ACCIONES CONTRA ÉSTE DEBAN EJERCITARSE, EN TODO CASO, ANTE LOS TRIBUNALES DE SU DOMICILIO (AAP Madrid 14ª 23 julio 2021)
78. LA SUMISIÓN EXPRESA CONSTITUYE UN FUERO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EXCLUSIVA ENTRE LAS PARTES FIRMANTES DEL ACUERDO DE SUMISIÓN Y ESTA REGLA ES APLICABLE A LOS TRIBUNALES INGLESES, COMO DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE A LA FECHA TANTO DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS (AAP Madrid 28ª 23 julio 2021)
79. TANTO SI DE OFICIO SE APLICA EL DERECHO ALEMÁN, COMO SI SE APLICA EL DERECHO COMUNITARIO O EL DERECHO ESPAÑOL, “TODOS” CONDUCEN A LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES ALEMANES (AAP Salamanca 1ª 10 septiembre 2021)
80. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN PROCEDIMIENTO MONITORIO EUROPEO EN RECLAMO LA EFECTIVIDAD DE UNA DEUDA DERIVADA DEL SUMINISTRO DE MERCANCÍAS A PORTUGAL (AAP Murcia 1ª 13 septiembre 2021)
81. NO SE APRECIA JUSTIFICACIÓN PARA DECLARAR DE OFICIO LA FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA (AAP Ourense 3ª 15 septiembre 2021)
82. LA EXCEPCIÓN PROCESAL PREVISTA EN EL RB I BIS ESTÁ ABOCADA AL FRACASO PORQUE TUVO LUGAR LA PERSONACIÓN DE LA DEMANDADA, SIN QUE DENUNCIARA LA FALTA DE COMPETENCIA DEL JUZGADO (AAP Murcia 4ª 23 septiembre 2021)
83. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ÁNDORRA PUES ANTE ELLOS SE HAN TRAMITADO DIVERSOS PROCEDIMIENTOS (SEPARACIÓN 2008, MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 2017), NO CUESTIONÁNDOSE LA COMPETENCIA DE AQUELLOS POR AMBAS PARTES (AAP Zaragoza 2ª 28 octubre 2021)
84. PROCESO DE DIVORCIO PENDIENTE CON IDÉNTICO OBJETO Y CAUSA DE PEDIR, ENTRE LAS MISMAS PARTES, ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE UN ESTADO EXTRANJERO EN EL MOMENTO EN QUE SE INTERPONE UNA DEMANDA ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL ESPAÑOL (AAP Oviedo 1ª 26 noviembre 2021)

85. NO CONSTA ACREDITADA LA CONCERTACIÓN DE PACTO ALGUNO EN CUANTO AL LUGAR Y FORMA EN QUE HABRÍA DE EFECTUARSE EL PAGO, DE MODO QUE LA COMPETENCIA NO PODRÍA CORRESPONDER A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PORQUE LA DEMANDADA TIENE SU DOMICILIO EN CATAR (AAP Barcelona 16ª 1 diciembre 2021)

86. EN LA MEDIDA EN QUE UNA PERSONA JURÍDICA, TENGA SU DOMICILIO EN ESPAÑA, ELLO ENTRAÑA SU SUJECCIÓN A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA, QUE EN ESTE CASO LO SON LOS ESPAÑOLES (AAP Madrid 28ª 3 diciembre 2021)

87. TIENEN VALIDEZ LOS CRITERIOS CONSOLIDADOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE SUMISIÓN A TRIBUNALES EXTRANJEROS, AUNQUE SEAN TRIBUNALES DE ESTADOS QUE NO SON MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA (AAP Valencia 9ª 10 mayo 2022)

88. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UNA DEMANDA INTERPUESTA POR UNA SOCIEDAD QUE GESTIONA LOS GASTOS ADEUDADOS A LOS SERVICIOS DE LA SALUD PÚBLICA CONTRA UNA ASEGURADORA AUSTRIACA POR LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS A DOS CIUDADANAS BRITÁNICAS (SAP Madrid 2ª 20 junio 2022)

COMPRAVENTA INTERNACIONAL

70. EL INCOTERM FCA ESTABLECE QUE EL VENDEDOR PONDRÁ LA MERCANCÍA EN EL LUGAR ESTIPULADO A DISPOSICIÓN DEL COMPRADOR POR TANTO, EL JUZGADO CARECE DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LA PRESENTE DEMANDA POR CORRESPONDER SU CONOCIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE DINSLAKEN, ALEMANIA (AAP de Murcia 5ª 6 julio 2021)

71. DETERMINADA LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DE VIENA DE 1980 OPERA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD ESCRIMIDA POR LA DEMANDADA (SAP Barcelona 14ª 16 marzo 2022)

CONSUMIDORES

89. NO ES APLICABLE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA PREVALECIENDO EL FUERO ESCOGIDO POR EL CONSUMIDOR, EN SU ESTADO, A LOS FINES DE AMPARAR A LA PARTE MÁS DÉBIL DE LA RELACIÓN JURÍDICA (AAP Barcelona 11ª 26 mayo 2021)

90. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE NO PUEDE ACARREAR, PARA EL CONSUMIDOR, LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN QUE LE PROPORCIONEN AQUELLAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDAN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO (SAP Tenerife 1ª 21 junio 2021)

Observaciones: La decisión de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife tiene su origen en el recurso de apelación que interpone la entidad Paradise Trading SL, demandada en la instancia, frente a la sentencia de 18 diciembre 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº. 4 de Arona, en la que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. H. E. D. y Dª C. J. D., se declara la nulidad de pleno derecho del contrato firmado entre los litigantes y se condena a la recurrente a pagar determinada cantidad y a la restitución de los derechos adquiridos. Esta sentencia se suma al conjunto de decisiones que en los últimos años proliferan y ponen de relieve las dificultades que introduce la internacionalización de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (*vid.* M. Sabido Rodríguez, Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 470-487).

Los hechos que originan la decisión de la Sala son los siguientes. Los demandantes, domiciliados en Reino Unido, celebraron en España, el 28 septiembre 2014, con la demandada,

sociedad con domicilio en España y que ejerce en este país su actividad, un contrato por el que adquirieron un aprovechamiento por turno, denominado Propiedad Fraccional. Alegan que dicho contrato es nulo porque, al amparo de la legislación española, vulnera las leyes de protección de consumidores. Por su parte, la demandada alega falta de legitimación pasiva, pues la misma corresponde a CLC Resort Developments Limited, sociedad con sede en Reino Unido, y sostiene que el contrato tiene su objeto perfectamente determinado, consistente en la adquisición de la condición de socio del Club, club de vacaciones, y al mismo resulta aplicable la legislación inglesa.

Afirma la Sala que no se cuestiona el carácter de consumidor de la parte apelada. A la vista de la decisión de instancia, el concepto de consumidor al que hace referencia la Sala se entiende referido a toda persona física que actúa al margen de su actividad profesional y, aunque tenga ánimo de lucro en alguna de sus actividades, estas no se caracterizan por su habitualidad (*vid.*, entre otras, SSTs nº. 16/2017, de 16 de enero y nº. 518/2019, de 4 de octubre). No obstante, ello no implica que nos encontremos ante un contrato internacional de consumo en los términos del art. 6.1º del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI), como más adelante señalaremos. Las cuestiones controvertidas en el asunto se refieren a la ley aplicable al fondo del asunto, a la falta de legitimación pasiva, a la calificación del contrato, así como a determinar si se cumple con el contenido legal y si reúne sus requisitos esenciales y, en su caso, el alcance de la devolución de prestaciones. Cuestiones que se plantearon en la instancia y sustentan los principales motivos del recurso de apelación. No obstante, desde la perspectiva del Derecho internacional privado interesa destacar los dos primeros motivos, íntimamente vinculados entre sí y de los que depende la solución al resto de cuestiones planteadas. A su análisis dedicaremos las siguientes páginas.

Frente a la decisión de instancia, el primero de los motivos alegados por la recurrente se refiere a la falta de legitimación pasiva. Sostiene esta parte, como ya hiciera en la instancia, que actuó en el contrato como mandatario comercial de la entidad CLC Resort Development Limited que es la real vendedora. No obstante, a partir de la documental obrante, el tribunal de apelación desestima el recurso. En el contrato la recurrente es identificada como vendedora. Su intervención en nombre propio y no como representante de otra entidad la hace titular de la relación jurídica que se dirime en el procedimiento. La función que tiene atribuida en el grupo al que pertenece es la comercialización de productos del grupo lo que implica asumir la posición de vendedor y sujeto de la relación jurídica. Esta comparecencia como titular de la relación jurídica, desde un punto de vista procesal, le otorga la legitimación procesal.

La participación en un proceso como demandante o demandado se basa en la existencia de un derecho subjetivo derivado de la relación litigiosa (M. Ortells Ramos (dir. /coord.), *Derecho procesal civil*, 19ª ed., 2020, p. 125). 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. Esta configuración se traduce, en DIPr, en la necesidad de abordar su ordenación no solo, ex art. 3 LEC, conforme a la *lex loci processalis*, sino mediante la aplicación de la ley que rige el fondo del asunto.

La decisión de la audiencia se ha limitado a determinar la existencia de la correcta configuración de la relación procesal como actor, los consumidores, y como demandada la empresa que en el contrato resulta como vendedor. Desde un punto de vista material, la legitimación *ad causam*, vinculada al fondo del asunto, requiere valorar aspectos relacionados con la titularidad de la propiedad, así como la relación existente entre las empresas del grupo. En todo caso, el ordenamiento designado aplicable conforme al sistema de DIPr español determinará si procede o no la declaración de nulidad del contrato, así como si procede o no la devolución de las cantidades abonadas y, en su caso, a quién y cómo debe efectuarse la devolución. Es este ordenamiento el que determina los sujetos obligados y las responsabilidades

derivadas de las relaciones contractuales. Se trata, en definitiva, de una cuestión que debe resolverse en íntima conexión con el siguiente motivo.

El segundo motivo alegado se centra en la determinación del Derecho aplicable al contrato litigioso. Entiende la apelante que, en virtud de la cláusula de elección, es aplicable la legislación inglesa. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación, afirman, que la elección de la ley aplicable no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo. Siguiendo las pautas del juzgador de instancia la Sala de apelación entiende de aplicación el art. 4.2º RRI y, aunque admite la elección de ley conforme al art. 3 RRI, considera que tal elección no es válida en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2º RRI, debiéndose aplicar la ley española en tanto que ley del país de residencia habitual del prestador característico. A ello añade la calificación de la cláusula de elección de ley como cláusula abusiva a tenor de los arts. 82 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007 por lo que, ex art. 67 del mismo texto legal regirá la ley española.

La solución acogida por el tribunal de apelación suscita varias cuestiones. En primer lugar, la calificación del contrato conforme al RRI requiere la concurrencia de los requisitos previstos en su art. 6.1º y, en su defecto, el contrato celebrado por el consumidor seguirá las reglas generales sobre ley aplicable previstas en los arts. 3 y 4, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 6.3º.

Considerando que el contrato ha sido celebrado con la demandada, que no actúa como mandataria de CLC, nos encontraríamos ante un contrato que no reúne las condiciones previstas en el art. 6.1º RRI y, en consecuencia, no puede ser calificado como contrato internacional de consumo. Paradise Trading SL ejerce su actividad en España y no en el Estado de la residencia habitual de los consumidores (Reino Unido). Conforme al art. 6.3 RRI, la determinación del Derecho aplicable se rige por los arts. 3 y 4. Estos preceptos consagran la autonomía de la voluntad y, en su defecto, el art. 4 prevé un conjunto de conexiones que, en su párrafo primero, atienden al tipo de contrato de que se trate y, si no concurren, el párrafo segundo establece una cláusula general que designa aplicable la ley del Estado de la residencia habitual del prestador característico. Habiéndose incorporado una cláusula de elección de ley al contrato litigioso, salvo que esta no sea válida, la ley designada rige dicho contrato.

En segundo lugar, los límites a la autonomía de la voluntad derivan bien de las previsiones contenidas el art. 3.3º y 4 RRI bien de la intervención de normas imperativas del art. 9 RRI (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., 2020, pp. 655-660 y 687-691). Ninguna de las previstas en el art. 3 son aplicables al supuesto de autos. En el caso del párrafo cuarto porque la ley elegida es la de un Estado miembro y, en el caso del párrafo tercero porque en el caso que resuelve la Sala de apelación, en el momento de la elección, los elementos del contrato están conectados tanto con España como con Reino Unido. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad vendrían impuestas, en su caso, por la intervención de normas imperativas del foro ex art. 9 RRI.

El carácter abusivo de la cláusula de elección de ley puede impedir la aplicación del Derecho designado aplicable por contravenir las normas imperativas de la *lex fori*. Procede determinar, en tercer lugar, el carácter abusivo de la cláusula de elección de ley aplicable. Para ello debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Esta Directiva constituye una norma general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de la actividad económica y está sometida a ella una cláusula de elección de ley cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión.

La interpretación del art. 3.1º de la Directiva 93/13 conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE nos permite concluir que es abusiva una cláusula de un contrato “celebrado entre un profesional y un consumidor, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado en que se encuentra el domicilio social de la sociedad comanditaria, cuando induzca al consumidor a error dándole la impresión de que el contrato se

rige exclusivamente por el Derecho de ese Estado miembro, sin informarle de que, conforme al (...) al art. 6, ap. 2 Reglamento Roma I, le ampara también la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho nacional que sería aplicable de no existir esa cláusula" (STJUE 3 octubre 2019, as. C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG*). El TS ha señalado las notas que determinan el carácter abusivo de una cláusula de elección de ley afirmando que "no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el art. 5 de la Directiva 93/13" y "viola el requisito de transparencia si no informa al consumidor de que la ley designada (...) no puede tener por efecto privarle de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley del Estado donde tenga su residencia habitual" (STS de 20 de julio 2021 ECLI:ES:TS:2021:3073).

Para ser declarada abusiva la sumisión a la ley realizada mediante una cláusula contractual debe causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre las partes y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales al consumidor. Circunstancias que no concurren en la elección realizada en el supuesto de autos. En él, la elección de ley conlleva la aplicación de la ley de residencia habitual del consumidor. Lejos de desproteger al consumidor, le permite aplicar al contrato celebrado un ordenamiento con el que está familiarizado, conoce sus derechos y obligaciones y le resultará más fácil probar su contenido. Tal elección no conlleva el desequilibrio que trata de evitar la Directiva 93/13. Por tanto, la cláusula de elección de ley contenida en el contrato litigioso no puede ser calificada como abusiva. La elección de la ley es válida y la ley inglesa, ley de residencia habitual de los consumidores, resulta aplicable al fondo del asunto ex art. 3 RRI.

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ *

91. DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO ROMA I LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE NO PUEDE ACARREAR PARA EL CONSUMIDOR LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN QUE LE PROPORCIONEN AQUELLAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDAN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO (SAP Tenerife 1ª 23 septiembre 2021)

92. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, PUES AUNQUE LA FACTURA DICE LO CONTRARIO, SEGÚN SE AFIRMA LA DEMANDA SE HA FUNDADO, EN CUANTO AL FONDO, EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA Y, ADEMÁS, EL DEMANDANTE HA APORTADO DOCUMENTOS DE LOS QUE RESULTA QUE ES UN TRABAJADOR POR CUENTA AJENA (AAP Barcelona 16ª 13 octubre 2021)

CONTRATOS

93. SIENDO EL LUGAR DE PAGO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO FINAL DE LA VENTA, EN ESTE CASO ESPAÑA, POR LO QUE EL LITIGIO DEBE DE RESOLVERSE CON ARREGLO AL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL (SAP Alicante 4ª 13 mayo 2021)

94. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL NO TENER LA DEMANDADA DOMICILIO EN ESPAÑA, NI LA OBLIGACIÓN DEBE CUMPLIRSE EN ESPAÑA, NI LA DEMANDADA TIENE SUCURSAL EN ESPAÑA (AAP Madrid 13ª 9 junio 2021)

95. EL REGLAMENTO ROMA II RECONOCE AL PERJUDICADO ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ENTIDAD ASEGURADORA SI ASÍ LO DISPONE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO (SAP Salamanca 1ª 21 junio 2021)

* Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho privado. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.

96. DETERMINACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN CONFORME AL DERECHO SUIZO EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I (SAP MADRID 28^a 23 JULIO 2021)

97. EL TS SE PRONUNCIA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE, LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y LA VALIDEZ DEL PACTO DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE (STS Cív 1^a 27 julio 2021)

98. EN DEFECTO DE SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA, AUNQUE EL DEMANDADO NO TUVIERA SU DOMICILIO EN ESPAÑA, LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SERÁN COMPETENTES EN MATERIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES CUANDO LA OBLIGACIÓN OBJETO DE LA DEMANDA SE HAYA CUMPLIDO O DEBA CUMPLIRSE EN ESPAÑA (SAP Sevilla 2^a 2 febrero 2022)

99. NO CONSTA EN LA PRUEBA PRACTICADA QUE SE HAYA INFORMADO AL COMPRADOR SOBRE LA EXISTENCIA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA DE GARANTÍAS QUE PROTEJAN SU INVERSIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA VENDEDORA (SAP Madrid 25^a 1 marzo 2022)

DERECHO DEL TRABAJO

100. IRRELEVANCIA DE LA CAPTACIÓN SIN CONTRATACIÓN EN ESPAÑA POR UNA SOCIEDAD PERTENECIENTE AL GRUPO MULTINACIONAL DE LA EMPLEADORA (STSJ Madrid Soc 1^a 13 enero 2022)

Observaciones: 1. El demandante es un trabajador español que fue contratado por una sociedad domiciliada en Armenia para prestar servicios en ese mismo país. Otra sociedad, domiciliada en España, había mantenido “unos previos contactos con el actor antes de su efectiva contratación”. El trabajador presentó una demanda de despido en España, siendo varias las demandadas: la sociedad que, según parece, le había captado; la sociedad que figuraba como empleadora en su contrato; otra sociedad a la que según el trabajador ambas pertenecían; una sociedad que, tras su extinción, había adquirido parte del grupo; la administradora concursal; y el FOGASA. Todas las demandadas se encontraban domiciliadas en España, excepto la sociedad armenia que figuraba como empleadora en el contrato. El trabajador sostenía que la sociedad armenia era en realidad una sucursal de la sociedad domiciliada en España que le había captado, de modo que esta última sería la verdadera empleadora.

El Juzgado de lo Social declaró su falta de competencia en primera instancia y desestimó el recurso de reposición interpuesto por el trabajador, advirtiéndole de que podía presentar la demanda ante los tribunales de Armenia. En la sentencia comentada, el TSJ confirmó la falta de competencia de los tribunales españoles, partiendo de que el empleador real era la sociedad armenia, de que esta no poseía ningún establecimiento secundario en España, y de que el trabajador no prestó servicios en ningún momento en territorio español. No se daban, por tanto, ninguna de las circunstancias requeridas por el RB I bis, ni tampoco por la LOPJ, para sostener la competencia de los tribunales españoles. Igualmente, el TSJ se aventura a anticipar la competencia de los tribunales armenios, utilizándola para sostener que no existiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, alegada por el trabajador, ni, por tanto, la necesidad de activar el *forum necessitatis* de la LOPJ.

Como puede observarse, en la sentencia emergen esencialmente dos cuestiones de interés en la determinación de la competencia judicial internacional en litigios laborales: de forma directa, como objeto del recurso planteado por el trabajador, la relativa a la aplicación del foro del domicilio del empleador cuando la sociedad que contrata al trabajador pertenece a un grupo multinacional; de forma indirecta, como cuestión subyacente, la irrelevancia de la sociedad que capta al trabajador, pero no le contrata, en la determinación de la competencia.

2. El fallo de la sentencia comentada se fundamenta en la jurisprudencia del TS. Se reproduce extensamente la STS 885/2021 de 14 septiembre 2021, en la que también se discutió quién debe ser considerado como el empleador en las relaciones laborales que se desarrollan en el contexto

de grupos multinacionales de empresas. Ambos casos presentan, no obstante, diferencias notables.

En la sentencia del TS el trabajador demandante había trabajado para cuatro sociedades distintas. Se habían formalizado cuatro contratos de trabajo de forma sucesiva, en virtud de los cuales el trabajador había prestado servicios en cuatro países diferentes, todos ellos terceros Estados. El trabajador sostenía la competencia de los tribunales españoles porque el grupo al que pertenecían las cuatro sociedades se encontraba domiciliado en España. El TS sostuvo que solo podía considerarse como empleadora a la sociedad que le había contratado en último lugar, para la que el trabajador se encontraba prestando servicios antes de la presentación de la demanda de despido. Ha de señalarse que el TS se apoyó en el asunto *Voogsgeerd* (STJ 15 diciembre 2011, C-384/10), en el que no se interpretó el foro del domicilio del empleador, sino el foro subsidiario del establecimiento contratante.

Para el TS, por tanto, ni siquiera cabe considerar al grupo como empleador cuando un mismo trabajador presta servicios para diferentes sociedades del grupo de forma sucesiva. En estas situaciones cabe plantearse la existencia de una única relación laboral, aunque fraccionada en varios contratos, lo que en este caso contribuía a acreditar el hecho de que al trabajador se le reconociera una antigüedad desde la fecha de inicio del primer contrato (*vid.* Á. Espiniella Menéndez, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 315–317).

3. El fallo del TSJ en la sentencia comentada resultaba muy previsible a la vista de la STS 885/2021, pues la influencia de la contratación en el seno de un grupo multinacional en el presente caso había sido mucho menor. Esta había consistido únicamente en la captación del trabajador por una sociedad distinta de la empleadora, y el trabajador había prestado servicios para una única sociedad. Para el TSJ, al igual que para el TS, solo cabe considerar como empleadora a la sociedad que figura como tal en el contrato: la empresa domiciliada en Armenia es la empleadora real, y no cabe atribuir tal condición ni a la matriz a la que esta supuestamente pertenecía, ni al grupo.

En la sentencia no se encuentran datos que permitan sostener una mayor implicación de la sociedad española que captó al trabajador, y se deduce que la sociedad armenia fue la que actuó en todo momento como empleadora (“era quien figura como emisora de sus nóminas y quien figuraba como pagador de las mismas en las órdenes de pago, a quien dirigía las solicitudes de permiso”). La captación del trabajador es una circunstancia ignorada tanto en los foros RB I bis como en la LOPJ, por lo que la sociedad española carece de relevancia en la determinación de la competencia.

4. En el asunto *Markt24* (STJ 25 febrero 2021, C-804/19) existían ciertos paralelismos en cuanto a las circunstancias de la contratación. En este caso, un agente de la empleadora contactó con la trabajadora en el Estado del domicilio de la trabajadora, pero, además, el contrato se había formalizado en ese Estado. La prestación de servicios –que nunca llegó a ejecutarse– iba a tener lugar en otro Estado miembro, donde la empleadora se encontraba domiciliada. En ambos casos, los trabajadores fueron captados en el Estado de su domicilio para prestar servicios en otro Estado. La diferencia se encuentra en que, mientras que en la sentencia comentada una sociedad distinta a la empleadora captó al trabajador, en *Markt24* lo hizo un agente de la empleadora. En ambos casos, ante la irrelevancia de la captación, los trabajadores se ven obligados a presentar la demanda en el Estado de prestación de servicios, que es al mismo tiempo el del domicilio de la empleadora (*vid.* comentario del asunto *Markt24* de G. Gabriel Pizarro en el que se enfatiza en la desprotección que puede suponer para el trabajador la omisión de la toma en consideración de la captación: “Competencia judicial internacional en materia laboral cuando el trabajador no ha realizado ninguna prestación efectiva”, *La Ley: Unión Europea*, nº 90, 2021).

La LOPJ resulta más protectora que el RB I bis en este sentido, al establecer la competencia de los tribunales españoles cuando el contrato se haya celebrado en territorio español. Dicho de otro modo, la LOPJ protege al trabajador captado en un Estado miembro distinto al de ejecución de

los servicios y al del domicilio del empleador, siempre que el contrato se haya formalizado en ese mismo Estado. El foro subsidiario del establecimiento contratante RB I bis establece la competencia del Estado en el que se encuentre domiciliada la sociedad que contrata al trabajador, pero este no coincide necesariamente con el Estado en el que se formaliza el contrato. No obstante, esta toma en consideración indirecta del Estado en el que tiene lugar la captación en la LOPJ dependiente del lugar de formalización del contrato, circunstancia que queda determinada por voluntad de la empresa, o incluso eventualmente de forma aleatoria. En cualquier caso, en la sentencia comentada el contrato se había celebrado en Armenia, por lo que los tribunales españoles no eran competentes.

5. La captación sin contratación en territorio español carece de relevancia, pues ni los foros RB I bis ni los de la LOPJ toman directamente esta circunstancia en consideración. Ahora bien, sí podría haberse considerado como una circunstancia relevante de cara a la identificación del empleador. Previamente, el TS había mostrado mucha mayor predisposición a un “levantamiento del velo” a efectos de la identificación del empleador en grupos multinacionales en la STS de 14/2018, de 16 enero 2018 (comentada críticamente por F. Garau Sobrino, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de los litigios sobre relaciones laborales [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 16 enero 2018]”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 457-466).

Las circunstancias del caso en la STS 14/2018 presentan un mayor paralelismo con los de la sentencia comentada, si bien la influencia de la sociedad que captó a los trabajadores sobre el contrato de trabajo fue mayor. Los trabajadores habían sido captados en España por una sociedad domiciliada en España para prestar servicios en Argelia para otra sociedad. La sociedad española los seleccionó, los contrató verbalmente, gestionó su desplazamiento a Argelia, y abonaba su salario. El contrato se formalizó posteriormente en Argelia, constando la sociedad argelina como empleadora. El TS tuvo en cuenta la vinculación existente entre las sociedades (el gerente de la sociedad armenia empleadora poseía un 49% de las acciones de la sociedad, y era cónyuge de la administradora de la empresa española que captó a los trabajadores), y sostuvo la competencia de los tribunales españoles. Se partió de que la empresa argelina actuaría como una sucursal de la empresa española para sostener la competencia de los tribunales españoles conforme al RB I bis. Se consideró a la empresa española como la verdadera empleadora, y no se tuvo en cuenta que la situación prevista en el Reglamento es justamente la contraria (sucursal en Estado miembro de la empleadora domiciliada en tercer Estado y no a la inversa).

6. En la sentencia comentada queda patente la voluntad del TSJ de tomar únicamente en consideración la realidad formal de la contratación. No se da relevancia a la vinculación existente entre las sociedades que intervinieron en la contratación de los trabajadores, ni al hecho de que estas perteneciesen a un grupo multinacional de empresas.

En cualquier caso, la toma en consideración de la jurisprudencia del TS revela la necesidad de distinguir entre diferentes situaciones que suelen darse en las relaciones laborales en el contexto de grupos multinacionales, pues su tratamiento al determinar tanto la competencia como la ley aplicable debería ser diferente. En primer lugar, puede distinguirse la situación del caso comentado y de la STS 14/2018, cuando la empresa que capta al trabajador es distinta de la que figura como empleadora en el contrato. Teniendo en cuenta la STS 14/2018, cabe sostener la competencia de los tribunales españoles cuando consta una vinculación societaria entre las sociedades y la sociedad española que captó al trabajador pero no figura como empleadora en el contrato ejerce funciones propias de la empleadora. No cabría sostener la competencia de los tribunales españoles cuando la sociedad española no ha ejercido como empleadora sino que solo ha captado al trabajador, que es lo que sucede en la sentencia comentada.

La otra situación que debe diferenciarse es la de los trabajadores que circulan entre diferentes sociedades del grupo, prestando servicios para distintas sociedades, mediante sucesivos contratos encadenados, o bien de forma simultánea. Aunque *a priori* la influencia del grupo multinacional sobre el contrato de trabajo es aún mayor en estas situaciones, la postura adoptada

por el TS en la Sentencia 885/2021 es restrictiva, y no cabe sostener la competencia de los tribunales españoles por el hecho de que la sociedad que posee a las diferentes empleadoras del trabajador se encuentre domiciliada en España.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

101. LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES NO PUEDEN APLICARSE COMO NORMAS DE POLICÍA PARA EVITAR EL INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR EN LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DEL CASO (STSJ Madrid Soc 5ª 24 enero 2022)

Observaciones: 1. Los siete trabajadores demandantes prestan servicios en la representación permanente de España en la Unión Europea, en Bruselas. El empleador es el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. En los contratos de trabajo se prevé la aplicación de la ley belga, ley del lugar de trabajo habitual, pero se establece también la aplicación del Acuerdo de 3 diciembre 2007, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (BOE 8.2.2008).

Los trabajadores reclamaban que se les abonasen las cantidades debidas por un concepto previsto en el ordenamiento belga –“*double pécule de vacances*”–, equivalente a una paga extra de vacaciones. Conforme a la ley belga, los trabajadores tienen derecho a percibirlo el mes junio cada año, y no se considera parte de la remuneración, sino que tiene carácter indemnizatorio.

El Ministerio de Trabajo belga se había dirigido a la Embajada de España en Bélgica requiriendo la aplicación del concepto de la legislación belga, y el consiguiente incremento de las retribuciones de los trabajadores. La CECIR (Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones) emitió un informe en el que consideró improcedente la propuesta del Ministerio belga, sobre la base de que se establece una retribución total anual para los trabajadores que no puede incrementarse.

Ante el rechazo a un incremento de la retribución de los trabajadores, y la obligación de observar la legislación aplicable a los contratos de trabajo, la solución adoptada consistió en un cambio en la distribución mensual del salario, permaneciendo invariable su cuantía anual (se abonó el concepto en el mes de junio, y se redujo el salario en los meses de julio a diciembre para compensarlo).

El Juzgado de lo Social admitió íntegramente la demanda presentada por los trabajadores, condenando al Ministerio a abonar las cantidades reclamadas por el concepto “*double pécule vacances*” durante los años 2011 a 2014. El Ministerio empleador recurrió con base en dos motivos: prescripción de la acción según la ley española, y aplicación de las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado como normas de policía del art. 9 RR I. El TSJ desestima ambos motivos al considerar la prescripción regida por la ley aplicable a los contratos de trabajo y excluir que las leyes de presupuestos españolas resultasen aplicables a la reclamación de los trabajadores.

2. Con carácter previo, ha de señalarse que la reclamación de los trabajadores ya había sido objeto de una previa demanda de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que fue desestimada por la STS 283/2021, de 10 marzo 2021. La desestimación se fundamentó en que no se trataba de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sometida al procedimiento del art. 41 ET porque la alteración del salario fue llevada a cabo por la entidad empleadora para ajustarse a la ley. Para el TS se trata de una modificación, pero no sustancial, al no haber supuesto en la práctica una alteración de la retribución de los trabajadores, que, además, no tuvo origen en una decisión empresarial fundada en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ha de resaltarse que el TS incide en el hecho de que la modificación de la distribución mensual del salario se hizo para respetar la legislación belga y a requerimiento de las autoridades belgas,

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado. Universidad de Oviedo.

utilizando como apoyo de su argumentación el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior, cuya aplicación resulta controvertida. El Acuerdo establece que deben respetarse “las normas de orden público aplicables en el país de destino”, y para el TS la alteración del salario derivada del cumplimiento de la normativa belga se articularía por esta vía, por tratarse de una norma de orden público del Estado en el que se prestan servicios los trabajadores.

Sin embargo, la citada previsión del Acuerdo presenta una compatibilidad dudosa con el Reglamento Roma I, y el razonamiento debería haber sido justo el contrario. La ley belga es la que rige los contratos de trabajo, por lo que su aplicación no viene justificada por la necesidad de respetar el orden público del Estado de destino. Es la aplicación del Acuerdo y de cualquier otra norma española la que constituye una excepción a la aplicación del ordenamiento que rige el contrato conforme al Reglamento. La aplicación del Acuerdo debería fundamentarse en el Reglamento, y tal encaje no se encuentra ni en el art. 8, pues no forma parte de la ley que resulta aplicable, ni tampoco, en caso de poder ser considerada como una norma de policía, en el art. 9, pues no es una norma del Estado de ejecución del contrato (Bélgica), y solo podría aplicarse una vez planteado un litigio como ley de policía del foro.

3. En relación con el motivo de impugnación basado en la prescripción de la acción, el Ministerio sostenía que la acción habría prescrito conforme a la ley española. Para el Ministerio, habiéndose presentado la reclamación en España, solo cabría aplicar el plazo de un año previsto en el Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, la acción ya habría prescrito. Esta pretendida escisión entre obligaciones contractuales –regidas por la *lex contractus*– y plazos para interponer las acciones relativas a esas obligaciones –para el Ministerio, regidas por la *lex fori*– no es admitida por el TSJ.

El TSJ parte de que la prescripción es una materia sustantiva y no procesal, y según la legislación belga la acción no había prescrito. Al art. 12 RR I se establece expresamente que la prescripción y la caducidad de las obligaciones contractuales basadas en la expiración de un plazo quedan incluidas en la ley del contrato, de forma que los plazos para reclamar la ejecución de una obligación contractual se rigen también por la ley del contrato. Así, los plazos procesales de las acciones relativas a las obligaciones contractuales se consideran incluidos en la ley aplicable, y estos quedan sustraídos del principio general de aplicación de la ley procesal del foro.

4. Respecto al segundo motivo de impugnación, parece invocarse una aplicación general de las leyes de presupuestos como normas de policía, y también una disposición particular. Por un lado, las limitaciones al incremento de las retribuciones salariales contenidas en las leyes de presupuestos generales del Estado. Por otro lado, la disposición específica de las sucesivas leyes de presupuestos en la que se requiere un informe previo favorable de la CECIR para poder efectuar cualquier modificación de las retribuciones (art. 34º Ley 36 /2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, y correlativos en las otras leyes generales de presupuestos).

Para el TSJ, las limitaciones al incremento de las retribuciones contenidas en las leyes de presupuestos se refieren exclusivamente al salario, por lo que no cabría su aplicación como norma de policía, pues el concepto reclamado tiene naturaleza indemnizatoria según la ley aplicable al contrato. En efecto, la ley belga prevé expresamente tal naturaleza, y no consta entre los conceptos que conforman la retribución de los trabajadores.

Respecto a la norma que requiere el informe favorable de la CECIR para el incremento de las retribuciones, el TSJ se limita a rechazar el argumento sobre la base de que el informe que había rechazado tal incremento no constaba acreditado en autos.

Como se ve, las razones que llevan al TSJ a descartar la aplicación de la ley de presupuestos española como norma de policía en esta sentencia se deben a las circunstancias particulares del caso. El motivo es desestimado, pero se deduce que de haberse tratado de un concepto que formase parte del salario, y de haberse aportado el informe desfavorable de la CECIR, los trabajadores hubieran visto rechazada la pretensión de que se les abonasen las cantidades

previstas en la ley aplicable a su contrato de trabajo. En esta sentencia, por tanto, se admite implícitamente la posible aplicación de las leyes de presupuestos como normas de policía en otros supuestos (*vid.* el comentario a la STSJ Madrid 28 febrero 2022, en la que sí se rechaza con carácter general la aplicación de las normas presupuestarias como normas de policía).

5. En cualquier caso, ha de repararse en que la aplicación de las normas presupuestarias españolas solo presenta encaje en la modalidad de normas de policía del foro del art. 9 RR I. Su aplicación solo podría tener cabida una vez iniciado un litigio en España, y no existirían vías para imponerlas previamente. La aplicación como norma de policía del foro generaría una situación discriminatoria, pues se aplicaría la norma únicamente a los trabajadores que presenten la demanda en España, lo que contravendría el principio de igualdad ante la ley al que se encuentra sometida la Administración española, en virtud del cual todos los contratos de los trabajadores que presten iguales servicios deben regularse de la misma forma (*vid.* J. Carrascosa González, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en L. Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, vol. 5: *Derecho Internacional Privado e interregional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 751). El régimen jurídico del contrato acabaría dependiendo de que el trabajador decida plantear la demanda en el domicilio del empleador, o en el Estado de trabajo habitual. En caso de resultar aplicable el Convenio de Roma, el encaje de las leyes presupuestarias resultaría a priori más sencillo, pues su regulación es más flexible y permite la aplicación de las normas de policía de los Estados por su vinculación con el contrato. Sin embargo, la aplicación de la ley presupuestaria también daría lugar a una situación discriminatoria, al distinguir en este caso entre los trabajadores cuyos contratos se formalizaron previamente y con posterioridad a la aplicación del RR I.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

102. EJECUCIÓN DE UN ACTA CON ACUERDO RESULTANTE DE LA CONCILIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA A LA DEMANDA (STSJ Galicia Soc 1^a 11 febrero 2022)

Observaciones: 1. El trabajador había prestado servicios en Vigo para un empleador domiciliado en Reino Unido. Extinguida la relación laboral, presentó una papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo. Esta conciliación obligatoria previa al procedimiento judicial culminó en un acta con avenencia, en la que la empresa se comprometió a abonar sendas cantidades por salarios adeudados e indemnización por daños y perjuicios. Ante el incumplimiento del empleador, el trabajador presentó una demanda ejecutiva, invocando como título ejecutivo el acta de conciliación.

El Juzgado de lo Social ante el que se presentó la demanda de ejecución se declaró incompetente porque, según puede leerse en la sentencia: “la jurisprudencia mayoritaria señala que la competencia corresponde al domicilio de la demandada en el caso de que esta no tenga sucursal en España”. Así, se detectan varios errores: tratándose de un documento público español que se pretende ejecutar en España, solo cabe acudir a un procedimiento de ejecución interno; en cualquier caso, no habría que determinar la competencia judicial internacional; y, en caso de tener que determinarse la competencia, el RB I bis garantizaría la de los tribunales españoles porque el trabajador había prestado servicios en España.

El trabajador fundamentó su recurso en la infracción del art. 39 RB I bis, en relación con el art. 68.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y el art. 27 del Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Ante estas circunstancias, el TSJ resuelve brevemente el recurso. En primer lugar, la papeleta de conciliación se presentó correctamente ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo, porque era la ciudad en la que el trabajador había prestado servicios, y ello es coherente con los foros de

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

competencia RB I bis (lugar de trabajo habitual). En cualquier caso, ni el RB I bis ni el Reglamento 805/2004 resultaban aplicables porque el trabajador pretendía ejecutar el acta en España y no se planteaba una ejecución transfronteriza. Únicamente procedería la aplicación del art. 237.2º LRJS, que establece la competencia territorial del Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se constituyó el título extrajudicial cuya ejecución se pretendía.

Pese a tratarse de un proceso de ejecución interno, el TSJ hace varias apreciaciones respecto a la ejecución transfronteriza de un acta de conciliación: alcanzado el acuerdo de conciliación respetando reglas de competencia RB I bis, este podría ejecutarse en otros Estados miembros de la Unión Europea; y el acta de conciliación es un “título extrajudicial con fuerza ejecutiva conforme a la normativa española”, por lo que la ejecución se llevaría a cabo conforme al RB I bis (art. 39). El TSJ excluye que sea posible aplicar el Reglamento 805/2004 para la ejecución del acta en otro Estado miembro, pero en la sentencia no constan las razones de tal exclusión.

El interés de la sentencia reside no tanto en el fallo en el caso concreto sino en algunas de las cuestiones que sugiere, entre ellas: la correspondencia entre los criterios de competencia territorial de los servicios públicos de mediación y conciliación laborales y los foros de competencia judicial internacional; la relevancia de la conciliación en el cómputo de los plazos procesales; o las vías para la ejecución de un acta de conciliación española en otro Estado miembro.

2. En cuanto a los criterios de competencia judicial internacional y de competencia territorial de los servicios de mediación, se advierte una falta de correspondencia formal. La conciliación previa resulta obligatoria en función del objeto de la reclamación, pero la competencia territorial de los servicios de mediación no se prevé expresamente en todos los casos en los que los Tribunales españoles pueden ser competentes.

La conciliación es obligatoria en todos los procesos individuales por despido, resolución del contrato a instancia del trabajador, impugnación de sanciones, reclamaciones de cantidad y reconocimiento de derechos, y clasificación profesional. El art. 64 LRJS establece las materias en las que no es obligatoria la conciliación previa, pero en estas materias se admite un sometimiento voluntario. La competencia territorial corresponde al servicio de mediación del lugar de prestación de servicios o del domicilio de los interesados, a elección del solicitante (art. 5 RD 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas).

Casos como el de la sentencia comentada, cuando la papeleta de conciliación se presenta ante los servicios de mediación del lugar de trabajo, probablemente no serán problemáticos. Sin embargo, a priori podría no existir un servicio de mediación territorialmente competente cuando los tribunales españoles son competentes por otros foros RB I bis (basados en la sucursal o el establecimiento del empleador, o sumisión) y de la LOPJ (contrato celebrado en territorio español, establecimiento en España, nacionalidad común). En línea con lo sostenido en la sentencia comentada, en cualquier caso debe garantizarse la coherencia con los foros de competencia RB I bis y, en su caso, con los de la LOPJ. Ante estas posibles situaciones, siempre que un tribunal español sea competente cabe extrapolar la solución consistente en permitir al demandante elegir el servicio de mediación ante el que se celebrará la conciliación. En el caso eventual de que la papeleta de conciliación se presente en un servicio territorialmente competente (domicilio del trabajador), sin competencia de los tribunales españoles, la mediación no debería celebrarse.

3. La ley española, como ley del foro, determinará la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad derivada de la presentación de la papeleta de conciliación en España. Igualmente, determinará los efectos de la no asistencia a la conciliación sin causa justificada. La LRJS prevé la posibilidad de multa (art. 97.3º), así como una condena en costas de hasta seiscientos euros a la parte que no asistió a la conciliación si la sentencia posterior coincide en esencia con la pretensión de la parte que solicitó y asistió a la conciliación (art. 66.3º). La no asistencia debe entenderse

justificada cuando los tribunales españoles no sean competentes. En cualquier caso, la condena en costas quedaría sin efectos, ya que, dada la falta de competencia de los tribunales españoles, la conciliación no debería haberse celebrado, y no debería haber posterior sentencia (cf. Á. Espiniella Menéndez, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 453).

Por otro lado, los procedimientos de conciliación obligatorios fijan la fecha de interposición de la demanda en caso de litispendencia internacional para determinar qué juez conoció en primer lugar (STJ 20 diciembre 2017, asunto C-467/16: *Schlömp*). Cuando la conciliación es obligatoria, la fecha de referencia será por tanto la de presentación de la papeleta de conciliación. En caso contrario, cuando el objeto de la reclamación sea una de las materias enumeradas en el art. 64 LRJS, y la conciliación se celebra por voluntad de las partes, ha de entenderse que tal interpretación no resulta aplicable, y la conciliación no se tiene en cuenta en caso de litispendencia.

4. Si se alcanza un acuerdo solo cabrá una acción de nulidad ante el tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto (art. 67 LRJS). El acta de conciliación con acuerdo impedirá la interposición de una demanda y constituye título suficiente para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante tribunal (art. 68 LRJS).

Al contrario de lo sostenido en la sentencia comentada, para la ejecución transfronteriza del acta, como documento público en el que consta el acuerdo alcanzado entre las partes con la supervisión de una autoridad pública, podrá recurrirse tanto al procedimiento de ejecución RB I bis, como al Reglamento 805/2004, siempre que se trate de un crédito no impugnado.

Como es sabido, en virtud RB I bis, procederá una ejecución directa conforme a la legislación nacional del Estado miembro de destino, como si se tratara de una decisión propia (art. 58; art. 39). El acta deberá ser certificada conforme a lo previsto en el art. 60, y el empleador podrá iniciar un procedimiento de denegación de ejecución en el que se controla el cumplimiento de las condiciones del art. 45. El proceso puede resultar demasiado gravoso para el trabajador particularmente en estos casos (*vid.* Á. Espiniella Menéndez, *op. cit.*, pp. 530-534, esp. p. 532). Por ello, la certificación del acta como título ejecutivo europeo conforme al Reglamento 805/2004 [art. 3.1º.d); art. 4.3º.a)] puede resultar una vía particularmente atractiva. El acta contiene un crédito determinado y exigible que el deudor ha aceptado expresamente, por lo que el Reglamento resulta aplicable, y una vez certificada como título ejecutivo europeo en España, podrá ser ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin que sea posible impugnar su ejecutividad (art. 25).

Ha de repararse en que la falta de competencia de los tribunales españoles no sería un motivo para la denegación de la ejecución. En el hipotético caso de una conciliación instada por el trabajador y llevada a cabo por los servicios de mediación territorialmente competentes sin existir competencia de los tribunales españoles, la ejecución de un acta con acuerdo resultante de esta conciliación no encontraría obstáculos ni en el RB I bis, por tratarse de un control no cubierto por el art. 45.1º.e), ni tampoco en el Reglamento 805/2004, por tratarse de un control no cubierto por art. 6 de este Reglamento. No obstante, en el caso RB I bis, debería denegarse la ejecución del acta en el caso eventual de que la conciliación en España –sin competencia de los tribunales españoles– hubiese sido instada por el empleador.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

103. LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES ESPAÑOLAS NO PUEDEN APLICARSE PARA IMPEDIR UN INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR PREVISTO EN LA LEY APLICABLE AL CONTRATO (STSJ Madrid Soc 2ª 28 febrero 2022)

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

Observaciones: 1. El trabajador demandante prestaba servicios en la Consejería de Empleo y Seguridad Social en Buenos Aires, y el empleador era el Ministerio de Empleo y Seguridad Social español. En el contrato de trabajo, formalizado en Buenos Aires, constaba que la ley aplicable a la relación laboral era la argentina, como legislación del Estado en el que el trabajador prestaba servicios habitualmente.

El trabajador reclamaba que se le abonase el “sueldo anual complementario” previsto en la legislación laboral argentina. La cuestión ya había sido objeto de varias reclamaciones por parte de otros trabajadores que también presentaban servicios para el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en Argentina, a los que tampoco se les había abonado esta cantidad. Como consta en la sentencia comentada, algunas de las reclamaciones presentadas por estos trabajadores ya habían prosperado, e, igualmente, el Juzgado de lo Social estimó la demanda del trabajador en el presente caso.

El Ministerio empleador impugnó la sentencia con base en dos motivos. En primer lugar, porque en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado se establece que cualquier modificación de las condiciones retributivas del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado solo puede tener lugar previo informe favorable de la CECIR (Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones). Esta disposición particular sería una norma de policía del art. 9 RR I. En concreto, se aplicaría en el caso como norma de policía del foro (art. 9.2º RRI). Para el Ministerio, cualquier subida salarial que no venga avalada por dicho informe sería nula de pleno derecho, y tal posición vendría avalada por la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Nikiforidis* (STJ 18 octubre 2016, asunto C-135/15).

El TSJ desestima el motivo, negando el carácter de norma de policía de las leyes de presupuestos. Además, recuerda que el RR I, invocado por el Ministerio, no resultaba aplicable al caso por razones temporales (el contrato se había celebrado en 1999). En su lugar, debía aplicarse el Convenio de Roma, en el que la tipología de normas de policía admitidas difiere de la del art. 9 RRI. Además, para el TSJ, la interpretación del TJUE en el asunto *Nikiforidis* no es la sostenida por el Ministerio.

Como segundo motivo de impugnación, se sostenía la prescripción de la acción del trabajador. Se reclamaban cantidades devengadas en los años 2019 y 2020. Para el Ministerio las normas sobre prescripción de las obligaciones derivadas del contrato deberían regirse por la ley española, al tratarse de normas procesales, y la acción ya había prescrito. El TSJ, en cambio, consideró el plazo de prescripción una materia incluida en la ley del contrato, y aplicó el plazo de prescripción de la ley argentina. Según la ley argentina la acción no había prescrito, por lo que el motivo de impugnación fue rechazado (respecto a este motivo de impugnación vid. el comentario de la STSJ Madrid de 24 enero 2022, en la que se utilizaron los mismos fundamentos jurídicos para su desestimación).

2. En el asunto *Nikiforidis* el demandante era profesor en una escuela gestionada por Grecia y localizada en Alemania. Había visto reducido su salario entre octubre de 2010 y diciembre de 2012 debido a la adopción por el legislador griego de dos leyes que tenían el objetivo de aplicar los acuerdos alcanzados por Grecia con la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, así como la Decisión 2010/320, en los que se imponía la reducción del gasto público griego.

El trabajador demandó en Alemania reclamando el pago de un complemento salarial por el periodo en el que vio reducido su salario. La ley aplicable al contrato de trabajo era la alemana, como ley del Estado de prestación habitual de los servicios, y esta no permitía una reducción salarial como la llevada a cabo. Planteada la posible aplicación de las normas griegas que impusieron la reducción del salario como normas de policía, el tratamiento de la cuestión era diferente en función de si resultaba aplicable el Reglamento Roma I o del Convenio de Roma.

El contrato inicialmente se había formalizado en 1996, por lo que resultaría aplicable el Convenio. Sin embargo, había sido modificado tras la entrada en vigor del Reglamento. El TJUE

estableció que, para aplicar el Reglamento, la modificación tenía que haber sido de una envergadura tal como para considerar que se había celebrado un nuevo contrato. La cuestión, por tanto, permaneció irresuelta. Si se aplicaba el Reglamento, las normas de presupuestos griegas no encajaban en ninguna de las dos modalidades del art. 9 RRI, pues Alemania era tanto el Estado del foro como el de ejecución del contrato. Si se aplicaba el Convenio, en cambio, las normas griegas podrían aplicarse como normas de policía porque encajarían fácilmente en la modalidad, mucho más abierta, del art. 7.1º, basada en la existencia de un vínculo estrecho con otro país.

No obstante, una aplicación indirecta de las normas griegas podría tener cabida incluso en el caso de que resultase aplicable el Reglamento Roma I, por haberse producido una modificación de la trascendencia exigida, pese a no encajar en ninguna de las modalidades del art. 9 RRI. Ello porque el TJUE admitió “la toma en consideración, como circunstancia de hecho” de leyes de policía que no sean ni las del Estado del foro ni las del Estado en el que se ejecuta el contrato, siempre que una norma material del ordenamiento aplicable lo prevea.

3. En la sentencia comentada, el TSJ desestima el primer motivo de impugnación planteado por el Ministerio sosteniendo que la exigencia del informe de la CECIR que consta en la Ley de presupuestos del Estado no es una norma de policía sino “una norma meramente procedimental”. El TSJ sostiene que una norma que se limita a exigir un informe favorable de un órgano administrativo no puede afectar de manera esencial a la salvaguardia de los intereses públicos y a la organización política, social o económica del Estado Español.

Adicionalmente, el TSJ excluye la relevancia de la inexistencia del informe favorable de la CECIR. Se recuerda que la CECIR, al igual que cualquier otro órgano administrativo, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y no puede actuar contra el mismo ni arbitrariamente. Para el TSJ el informe debe ser necesariamente favorable cuando se trata de cumplir una obligación jurídica del empleador prevista en la ley aplicable al contrato de trabajo.

El TSJ apoya su argumentación en el asunto *Nikiforidis* –que precisamente había invocado el Ministerio–, en el que el TJUE estableció que debe hacerse una interpretación restrictiva de las normas de policía, pues una interpretación amplia pondría en peligro la seguridad jurídica. Conferir tal facultad al juez del foro incrementaría el número de leyes de policía aplicables, y podría afectar a la previsibilidad de las normas materiales aplicables al contrato. Sin embargo, cuando el TJUE hace las afirmaciones citadas por el TSJ en el asunto *Nikiforidis* se refiere exclusivamente a la posibilidad de que se aplicasen normas de policía que no sean las de las categorías expresamente previstas en el art. 9 RRI (del foro o del lugar de ejecución) para excluirla (*vid. aps. 46 y 47*). En el caso comentado, en cambio, se debatía la aplicación de una norma española como norma de policía del foro.

4. La invocación del asunto *Nikiforidis* por el Ministerio era procedente porque en ambos casos se debatía la aplicación como normas de policía de leyes que inciden sobre el presupuesto de un Estado miembro y, en consecuencia, sobre las retribuciones de los trabajadores del Estado en el exterior. Lo cierto es que en el asunto *Nikiforidis* el TJUE no excluye la aplicación de estas leyes como normas de policía, más bien se deduce que por su naturaleza estas normas encajarían en el concepto de normas de policía, y si se excluyó su aplicación directa como tal fue porque en el caso no se producía un encaje en ninguna de las dos categorías del art. 9 RRI. Además, se introduce la posibilidad de que sean tomadas en consideración si el ordenamiento aplicable lo prevé. Sin embargo, la sentencia comentada presenta la particularidad de que se invocaba únicamente la aplicación de una concreta disposición de la ley de presupuestos del Estado, como es la referente a la exigencia del informe favorable de la CECIR. No puede descartarse que la admisión implícita del TJUE se refiera exclusivamente a las normas que inciden sobre las retribuciones de los trabajadores, y no alcance a una disposición de este tipo.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, aunque el TJUE haya admitido la aplicación de las leyes presupuestarias como normas de policía, la calificación como tal corresponde a cada Estado miembro, y a falta de calificación expresa en la norma, a cada tribunal. En este caso, el TSJ

excluye la aplicación de las leyes presupuestarias como normas de policía, adoptando una posición protectora para los trabajadores y respetuosa con la aplicación del ordenamiento que rige el contrato, pero no pueden descartarse otras posiciones al respecto (vid. en este sentido de nuevo el comentario de la STSJ Madrid 24 enero de 2022, en el que no se excluye la posible aplicación de las normas presupuestarias por esta vía).

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

104. DETERMINACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO EMPLEADOR CON BASE EXCLUSIVA EN LA LO 16/2015 SOBRE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS (STSJ Madrid Civ 2ª 17 marzo 2021)

Observaciones: 1. La trabajadora demandante había prestado servicios en la Embajada de la República Árabe de Egipto en España. Presentó una demanda por despido, y el Juzgado de lo Social se declaró incompetente admitiendo la inmunidad de jurisdicción invocada por la misión diplomática empleadora.

La trabajadora fundamentó su recurso contra el auto que declaró la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en el RB I bis, en el Reglamento Bruselas I, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (LO 16/2015). El TSJ fundamenta exclusivamente la admisión del recurso presentado por la trabajadora en la LO 16/2015, por ser esta, en sus palabras, una norma especial y posterior a la LOPJ.

En el art. 10 LO 16/2015 se establece inicialmente la inexistencia de inmunidad de jurisdicción en litigios laborales, salvo acuerdo en contrario entre España y el Estado extranjero. Sin embargo, a continuación se enumeran múltiples excepciones a este principio: cuando el trabajador desempeña funciones que suponen el ejercicio del poder público; cuando se trata de un agente diplomático, un funcionario consular, o un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional, de una misión especial, o designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional; cuando el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; cuando el objeto del proceso es el despido o la rescisión del contrato, y una autoridad competente del Estado extranjero comunica que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad; cuando el trabajador es nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que tuviese su residencia habitual en España; y cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los tribunales españoles sea irrenunciable para el trabajador.

La inmunidad de jurisdicción invocada presentaba encaje, en principio, con la excepción basada en la afectación de la seguridad en litigios derivados de un despido [art. 10.2º.d) LO 16/2015]. Por ello, el razonamiento se centra en determinar cuándo se aplica esta excepción, y existe inmunidad de jurisdicción. El TSJ consideró que la afectación de la seguridad no había sido comunicada por la autoridad competente, por lo que admitió el recurso de la trabajadora y declaró la competencia de los tribunales españoles. Se trata, en menor medida, la problemática relación entre la LO 16/2015 y el RB I bis, respecto a la cual se adelanta que la postura adoptada por el TSJ resulta criticable.

2. Como se ha mencionado, el TSJ centra su análisis en la excepción de la LO 16/2015 para casos de despido, según la cual es suficiente que el Estado manifieste la afectación de sus intereses de seguridad, y en la que no se exige la acreditación de esta afectación. En el art. 10.2º.d) LO 16/2015 únicamente se establece que la autoridad competente del Estado extranjero debe

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

comunicar que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad, pero no establece cuál es la autoridad competente.

El TSJ interpretó la LO 16/2015 de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, celebrada en Nueva York el 2 diciembre 2004 (Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales), pues aunque esta no ha entrado en vigor, la LO 16/2015 incorpora su contenido y tiene una redacción muy similar. La Convención hace una expresa referencia a la determinación del menoscabo de los intereses de seguridad por “el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de relaciones exteriores del Estado empleador” [art. 11.2º.d)].

En el presente caso, la afectación de los intereses de seguridad se había comunicado exclusivamente por el Embajador de la República Árabe de Egipto, que había justificado la inmunidad por la información y la documentación a la que había tenido acceso la trabajadora. La comunicación no se había realizado por la autoridad competente según la Convención, por lo que se rechazó la aplicación del art. 10.2º.d) LO 16/2015 y, por tanto, la existencia de inmunidad. Para el TSJ esta exigencia es fundamental, porque, en sus palabras, dota de seriedad política y diplomática a la alegación de la seguridad nacional por el Estado extranjero, excluye un uso táctico y una mera invocación sistemática para desactivar la competencia jurisdiccional española.

3. Tras descartar la existencia de inmunidad de jurisdicción del Estado empleador, el TSJ se refiere a la aplicación RB I bis. La exclusión de la inmunidad se fundamenta en exclusiva en la LO 16/2015, pero el TSJ admite que el Reglamento resulta aplicable al caso por encontrarse el lugar de trabajo habitual en España.

En el razonamiento relativo a la aplicación RB I bis se aprecian varios errores. Según el TSJ, el Reglamento no hace excepciones por el carácter jurídico-público del empleador que resulten aplicables al caso. No tiene en cuenta la exclusión expresa de la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad en el art. 1.1º del Reglamento. Tampoco se menciona la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Mahamdia* (STJ 19 julio 2012, asunto C-154/11) y *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria* (Sentencia de 3 junio 2021, asunto C-280/20). El TSJ incluso se plantea si la Ley 16/2015 debe primar sobre la atribución competencial del Reglamento y el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE al respecto. Descarta esto último porque, en sus palabras, la interpretación efectuada de la Ley 16/2015 “no es contradictoria con el Reglamento europeo, sea cual sea la interpretación correcta de éste, por lo que la interpretación del mismo deviene innecesaria e relevante”. Como se verá, al contrario, no puede descartarse que el fallo y la interpretación de la LO 16/2015 hayan sido contrarios al Reglamento, pues la jurisprudencia del TJUE resulta indispensable y no se tuvo en cuenta.

Las circunstancias del contrato de trabajo en la sentencia comentada son coincidentes con las del asunto *Mahamdia*. En ambos, la empleadora es una misión diplomática de un tercer Estado localizada en el territorio de un Estado miembro. En el asunto *Mahamdia* se estableció la aplicación del Reglamento Bruselas I en estos casos, no solo porque el lugar de trabajo habitual se encuentra en un Estado miembro, sino porque la embajada se considera como un establecimiento secundario de la empleadora –el tercer Estado– en la UE, en el sentido del art. 20.2º RB I bis. Se produce un encaje con los criterios definitorios del establecimiento secundario: la embajada se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como una prolongación del Ministerio de Asuntos Exteriores; representa al Ministerio en el Estado receptor; están dotadas de dirección propia y son aptas para asumir de manera autónoma derechos y obligaciones de Derecho civil. Se considera al empleador, por tanto, domiciliado en el Estado miembro en el que se encuentra la embajada, en el presente caso, España.

Tanto en el asunto *Mahamdia* como en el asunto *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria* (en este último caso, respecto a misiones diplomáticas de un Estado miembro situadas en el territorio de otro Estados miembro), el TJUE ha condicionado exclusivamente el juego de la inmunidad a la naturaleza de la actividad del trabajador. Es decir, las misiones diplomáticas

actúan como sujetos de Derecho privado cuando contratan a trabajadores para prestar servicios que no implican el ejercicio de poder público ni interfieren con los intereses del Estado en materia de seguridad, y el carácter *iure imperii* o *iure gestionis* del acto viene determinado exclusivamente por las funciones desempeñadas por el trabajador.

4. Algunos supuestos de inmunidad previstos en la Convención y en la LO 16/2015 son acordes con la jurisprudencia del TJUE, al tratarse de casos que, por definición, implican el ejercicio de funciones de poder público. En otros casos, sin embargo, algunas de las excepciones previstas en la LO 16/2015 no se fundamentan en el ejercicio del poder público o en la afectación de la seguridad del Estado por la actividad del trabajador, sino que se amplían los supuestos de inmunidad de jurisdicción, extendiéndose a actos *iure gestionis*. Así, en la excepción sobre las controversias relativas al proceso de contratación, la renovación del contrato de trabajo y la reposición o readmisión de una persona natural, no se exige que el trabajador haya desempeñado funciones de poder público o con incidencia sobre la seguridad del Estado. Respecto a la excepción basada en la nacionalidad del trabajador, el criterio de la nacionalidad como determinante de la inmunidad es totalmente ajeno al criterio del ejercicio de funciones de poder público del TJUE, e incluso puede resultar discriminatorio.

En cuanto a la posibilidad de introducir un pacto de inmunidad de jurisdicción del Estado empleador, esta no puede tener el efecto de que la aplicación RB I bis quede excluida por voluntad de las partes. El propio art. 10.2º.f) LO 16/2015 condiciona expresamente la eficacia del acuerdo a que la competencia de los tribunales españoles no sea irrenunciable para el trabajador. Como es sabido, los pactos previos a la controversia no derogan la competencia de los otros tribunales competentes según el art. 23 RB I bis. La competencia del Estado en el que presta servicios habitualmente el trabajador, o en el que se encuentra la misión diplomática en la que trabaja, es en todo caso irrenunciable para el trabajador, por lo que el art. 10 f) LO 16/2015 no debería tener trascendencia práctica.

5. En cuanto a los procesos que tienen por objeto el despido, como el de la sentencia comentada, la LO 16/2015 solo exige que una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Como se ha visto, la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales especifica cuáles son estas autoridades. Si en el presente caso se hubiese efectuado la comunicación por la autoridad competente según la Convención, se habría reconocido la inmunidad del Estado empleador, aunque la afectación de la seguridad no se hubiese acreditado. Ello puede resultar contrario a la Jurisprudencia del TJUE, en virtud de la cual la inmunidad solo puede admitirse cuando a la luz de las funciones ejercidas por el trabajador haya quedado acreditado que estas afectaban a la seguridad del Estado.

En contrapartida, si la afectación de la seguridad se encuentra debidamente acreditada, en virtud de la jurisprudencia del TJUE, debe reconocerse la inmunidad, aunque la comunicación no se efectúe por la autoridad competente según la Convención. En la Sentencia comentada, la toma en consideración de la jurisprudencia del TJUE podría haber sido determinante en caso de que el embajador hubiese acreditado correctamente que las funciones desempeñadas por la trabajadora comprometían la seguridad del Estado.

Como se observa, en la enumeración los supuestos de inmunidad en litigios laborales de la LO 16/2017 no se tuvo en cuenta que esta no puede interferir en la delimitación autónoma del ámbito de aplicación RB I bis, y estos presentan una compatibilidad dudosa con la jurisprudencia del TJUE.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

105. EL TRIBUNAL SUPREMO SE PRONUNCIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UN PLEITO SOBRE DESPIDO (STS Soc 1ª 22 marzo 2022)

106. LAS PARTES PACTARON EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO QUE EL MISMO SE RIGE POR LA LEY NICARAGÜENSE, LO QUE ES ACORDE CON EL ART. 8.1º DEL REGLAMENTO 593/2008 DE ROMA I (STSJ Madrid Soc 2ª 23 marzo 2022)

107. LA EMPRESA AL SUSCRIBIR EL CONTRATO CON EL TRABAJADOR ESPAÑOL Y CURSAR SU ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA, ESTABLECIÓ UN VÍNCULO QUE OBLIGA A DECLARAR LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (STS Soc 1ª 27 abril 2022)

108. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE DESPIDO DE LA ACTORA, PROFESORA DE INGLÉS EN LA *SCUOLA STATALE ITALIANA* EN MADRID (STSJ Madrid Soc 1ª 21 mayo 2021)

109. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA ANDORRANA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL QUE SE RECLAMARON POR EL TRABAJADOR LOS HABERES PENDIENTES DE LIQUIDAR Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO (AAP Lleida 2ª 25 junio 2021)

110. IMPROCEDENCIA DEL EMPLEO DE LEYES DE POLICÍA COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL POR AFECTAR A LA PREVISIBILIDAD DE LAS NORMAS MATERIALES APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO (STSJ Madrid Soc 1ª 17 junio 2022)

DERECHO EXTRANJERO (APLICACIÓN DEL)

111. SE ESTIMA PROBADA LA VIGENCIA, VALIDEZ E INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN LA FEDERACIÓN RUSA CON EL DICTAMEN JURÍDICO APORTADO POR EL DEMANDANTE SOBRE SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON EL CONVENIO REGULADOR DE LA DEUDA (SAP Madrid 8ª 20 abril 2021)

112. SOBRE LA APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (ATS Civ 1ª 19 mayo 2021)

113. LA APLICACIÓN DEL DERECHO –ACTUAL O HISTÓRICO, NACIONAL O EXTRANJERO– APLICABLE AL CASO NO DEPENDE DE SU ALEGACIÓN POR LAS PARTES, SINO DE LA EXIGENCIA LEGAL DERIVADA DE LA REGLA *TEMPUS REGIT ACTUM* Y DE LAS NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES A LAS RELACIONES CON CONEXIÓN INTERNACIONAL (STSJ NAVARRA CP 1ª 19 mayo 2021)

DERECHO INTERTERRITORIAL

114. EL CASO DE CONFLICTO DE LEYES ENTRE PERSONAS AVECINDADAS EN DIFERENTES TERRITORIOS DEL ESTADO CON DERECHO CIVIL PROPIO SE ASIMILA A LOS CONFLICTOS DE LEYES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO IDENTIFICANDO LA NACIONALIDAD CON LA VECINDAD CIVIL (SAP Tarragona 1ª 15 diciembre 2021)

DERECHO MARÍTIMO

115. SI EL CONTRATO QUE LIGA A LAS PARTES ES UN CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE SE RIGE POR EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1924 Y LOS PROTOCOLOS QUE LO MODIFICAN DE LOS QUE ESPAÑA SEA ESTADO PARTE (SAP Madrid 28ª 14 octubre 2021)

116. CORRESPONDE AL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL EMITIR EL DOCUMENTO UNIFICADO DE TODOS LOS MEDIOS Y MODOS DE TRANSPORTE UTILIZADOS, ASUMIENDO LAS RESPONSABILIDADES DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO (SAP Valencia 9ª 29 diciembre 2021)

117. TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA PARAMOUNT SON DE APLICACIÓN LAS REGLAS DE LA HAYA-VISBY (SAP Madrid 28ª 14 enero 2022)

118. EL HECHO DE QUE EL BUQUE SEA ESPAÑOL ES IRRELEVANTE, DADO QUE EL ART. 473 DE LA LNM PERMITE EL EMBARGO DE BUQUES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE SE ENCUENTREN DENTRO DE SU JURISDICCIÓN (AAP Barcelona 15ª 31 enero 2022)

119. LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SUSCITA UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA ACERCA DE LA DE LA VALIDEZ DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA A UN TERCERO NO PARTE EN EL CONTRATO EN EL QUE LA CLÁUSULA ESTÁ INSERTO (AAP Pontevedra 1ª 16 mayo 2022)

DIVORCIO

120. SIENDO ESPAÑA EL ESTADO MIEMBRO DE NACIONALIDAD DE AMBOS CÓNYUGES LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES TIENEN COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA (AAP Asturias 6ª 1 marzo 2021)

121. ADMISIÓN A TRÁMITE UNA DEMANDA DE DIVORCIO POR CONSTAR QUE LA RECURRENTE CON ANTERIORIDAD A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA, Y, AL MENOS, DURANTE UN AÑO HA TENIDO SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA (AAP Vitoria-Gasteiz 1ª 20 mayo 2021)

122. ¿PUEDE SER DENEGADO EL EXECUÁTUR DE UNA ESCRITURA PÚBLICA COLOMBIANA DE DIVORCIO DONDE SE PROCEDE TAMBIÉN A LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO? (AAP Alicante 4ª 26 mayo 2021)

123. ¿PUEDE SER DENEGADO EL EXECUÁTUR DE UNA ESCRITURA PÚBLICA COLOMBIANA DE DIVORCIO DONDE SE PROCEDE TAMBIÉN A LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO?

Observaciones: 1. Cada vez hay más Estados que, para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y agilizar trámites, atribuyen facultades o competencias a diversas autoridades extrajudiciales (Encargados del Registro Civil, notarios, alcaldes, etc.) para disolver el matrimonio. Ahora bien, su función y sus competencias difieren de un ordenamiento jurídico a otro, lo que explica las dificultades que existen para el reconocimiento de tales divorcios en España.

2. ¿Cabe el execuátur de un documento notarial colombiano donde se acuerda el divorcio y se procede a la liquidación del régimen económico del matrimonio? Esta es la cuestión que resuelve el AAP Alicante 4ª 26 mayo 2021. En esta ocasión, la Audiencia revocó el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Denia, el 18 diciembre 2020, por el que se denegaba el reconocimiento en España de una escritura pública de divorcio – otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Cali (Colombia)– donde se procedía también a la liquidación de la sociedad de gananciales. Para está, no procedía a su denegación o, al menos, no por los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Instancia.

3. El Auto de Instancia desestimó la demanda de execuátur, tal y como se desprende de los fundamentos del recurso de apelación, por entender que únicamente son susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en el marco de un procedimiento jurisdiccional, según lo establecido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE 31.7.2015) –en adelante LCJMC–. De hecho, dicha Ley, al igual que hacen los Reglamentos europeos, establece una definición propia de lo que debe de entenderse por “resolución judicial”, a fin de impedir la existencia de interpretaciones divergentes y dotar, así, de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al sistema. Según el art. 43 a) LCJMC por “resolución judicial” debe de entenderse: “cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado,

con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario o autoridad judicial liquide las costas del proceso”. A partir de la misma, procede a denegar la solicitud planteada, porque, a su juicio, un documento notarial colombiano por el que se disuelve un matrimonio no es una “resolución judicial extranjera”, según lo establecido en dicho precepto.

4. La decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia dista de ser ejemplar, puesto que solo se limita a aplicar lo dispuesto en el ap. a) del art. 43 LCJMC sin proceder a ninguna otra comprobación o argumentación adicional. Para este órgano, era evidente que no podía reconocer dicha escritura pública como si se tratase de una “resolución judicial” extranjera, porque no procedía de un órgano o de una autoridad judicial. Es decir, no había sido dictada por una autoridad formalmente adscrita a la organización judicial. Sin embargo, no es menos cierto que el apartado c) del art. 43 LCJMC se ocupa de definir también qué se entiende por “órgano jurisdiccional”. Según la misma, por “órgano jurisdiccional” cabe entender a “toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias *de esta ley*”. Es decir, el legislador español opta por una calificación funcional del término (*vid.* P. Jiménez Blanco, “El concepto de ‘órgano jurisdiccional’ en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 121–162). La concreción de quién ostenta dicha cualidad ya no depende tanto de la autoridad que interviene –si es judicial o no–, sino de si esta desempeña o no una “función jurisdiccional”. Esta definición amplia de forma considerable qué se entiende por resolución y, por ende, multiplica los supuestos en los que cabe aplicar las disposiciones previstas en la LCJMC para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Lo relevante, por tanto, para decidir si la escritura notarial colombiana constituía o no una resolución judicial, a efectos de su reconocimiento, a pesar de tratarse formalmente de un “documento público”, era verificar si el notario colombiano había desempeñado o no funciones similares a las que ejercitan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el matrimonio. El Juez de Primera Instancia debería, por tanto, haber constatado si dicha escritura de divorcio procedía o no de un “órgano jurisdiccional”, tal y como se define en dicha Ley.

Con todo, resulta un despropósito rechazar sin más el executúr. Al Juez de Primera Instancia se le puede reprochar también, como así invocó la parte, que no se planteara la posibilidad de reconocer dicha escritura como un “documento público”, según lo dispuesto en el art. 41.3º LCJMC.

No entendemos ni compartimos la desidia y la apatía evidenciada por dicho Tribunal. De hecho, la solución hubiera podido ser otra, si el Juez de Primera Instancia hubiera tenido en cuenta la práctica seguida por los órganos jurisdiccionales españoles sobre el reconocimiento de los divorcios no judiciales. De haberlo hecho, hubiera comprobado que los divorcios de mutuo acuerdo mediante escritura notarial procedentes de Colombia suelen ser reconocidos como decisiones judiciales extranjeras, toda vez que, como así reconoce el AAP Lleida, 2ª 5 mayo 2021, (ECLI:ES:APL:2021:173º), en Colombia se equipara el divorcio judicial con el divorcio notarial. Es decir, la intervención del notario colombiano no se circunscribe a una actuación como mero fedatario público, sino que tiene atribuidas por Ley competencias concretas sobre las condiciones de ruptura del vínculo, las consecuencias sobre los hijos comunes, etc. Y, por tanto, por analogía, su reconocimiento debe seguir el mismo procedimiento que se aplica para el de las resoluciones judiciales extranjeras.

El problema está en saber qué norma sería aplicable para determinar la suerte de dicho reconocimiento, en la medida en que el Derecho autónomo español articula un régimen común que se contiene en la LRC (art. 96), en la LJV (arts. 11 o 12), en la LCJMC y en la LEC (art. 323.2º y 144). Es cierto también que existe el Convenio bilateral sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 mayo 1908 (*Gaceta de Madrid* nº. 108, de 18 abril 1909), pero este no sería de aplicación, puesto que dicho convenio solo regula el reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas por los órganos judiciales de un Estado miembro (art. 1) –*vid.* G. Moreno Cordero, *Validez de las resoluciones civiles y canónicas sobre crisis matrimoniales entre España y Colombia: una visión renovada*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 201–205, esp. p. 205–.

A partir de aquí, saber qué norma sería aplicable al reconocimiento de una escritura pública no tiene fácil solución, pues depende, como evidenciamos en otra sede, del efecto pretendido (*vid.* N. Marchal

Escalona, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 151–160).

5. Por su parte, la decisión que adopta la Audiencia Provincial de Alicante demuestra una mejor comprensión de la problemática en la que tiene cabida la práctica seguida por los tribunales españoles en este ámbito. Considera que procede el executúr. Para esta, el término “órgano jurisdiccional” empleado por la LCJIMC debe interpretarse en sentido amplio y debe incluir a cualquier autoridad, incluso las administrativas, siempre que desempeñen atribuciones análogas a las autoridades judiciales españolas. Concluye señalando que este concepto, es una forma de mostrar respeto a los sistemas extranjeros, en los que la resolución puede estar dictada por un tribunal jurisdiccional o por otro tipo de autoridad.

Nada que objetar en la argumentación de la Audiencia. Lo que sí es más discutible es que el reconocimiento de un divorcio de mutuo acuerdo ante autoridad notarial colombiana, donde el notario tiene ciertas competencias sobre la ruptura y los hijos, deba seguir el procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Lo lógico sería aplicar el procedimiento previsto en la norma que regula, con carácter general, el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras. La cuestión está en saber cuál, de las que ha contemplado el legislador español, es esta norma. Un tema que sigue siendo confuso en el ordenamiento jurídico español, y la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador español en la formulación de los arts. 11 y 12 LJV tampoco ayuda (vid. J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2022, p. 241). Podría mantenerse que el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, según lo previsto en el art. 41.2º LCJIMC, debería someterse a lo previsto para las sentencias contenciosas, esto es, al procedimiento de executúr. No obstante, también es cierto que la LJV constituye una norma especial frente a lo dispuesto en la LCJIMC [disposición adicional primera g) de la LCJIMC]. En razón de esa especialidad, debería aplicarse lo dispuesto en el art. 12 de la LJV (ex. art. 2 b) LCJIMC), en la medida en que el art. 11 de la LJV solo contempla un régimen particular para el reconocimiento del efecto registral de los actos de jurisdicción voluntaria. El problema reside en que el régimen de reconocimiento previsto en el art. 12 LJV es el automático o incidental. No exige la necesidad de tramitar el executúr. Ahora bien, si lo que se pretende es la plenitud de efectos de la decisión, como así sucede en el presente caso, donde se pretende tanto el efecto constitutivo, es decir, la disolución del vínculo, como la liquidación del régimen económico del matrimonio, es lógico pensar que debería iniciarse el correspondiente procedimiento de executúr, tal y como se regula en la LCJIMC (art. 42). Sería, pues, justo y necesario que se clarificara el confuso sistema autónomo de reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

124. DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO ENTRE LOS LITIGANTES DE NACIONALIDAD CHINA EN BEIJING (CHINA) CON TODOS LOS EFECTOS LEGALES INHERENTES A TAL DECLARACIÓN (SAP Valencia 10ª 31 mayo 2021)

125. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA PRONUNCIAR UN DIVORCIO AL TENER AMBOS CÓNYUGES NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y SU ÚLTIMO DOMICILIO EN ESPAÑA (AAP Barcelona 12ª 3 junio 2021)

126. NO HABIÉNDOSE DECLARADO LA EJECUTIVIDAD EN ESPAÑA DE LA UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN TÁNGER PROCEDE RECHAZAR LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA INVOCADA (AAP 2ª 11 junio 2021)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto FEDERER A-SEJ-290-UGR20. “Análisis transversal y nuevas propuestas para las políticas jurídicas de retorno de emigrantes andaluces y la atracción de talento global en Andalucía”.

127. NO SE HA JUSTIFICADO LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN DE DIVORCIO DICTADA POR UN TRIBUNAL DE LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS SOBRE LA QUE DEBERÍA VERSAR EL EXECUÁTUR (AAP Cádiz 6^a 17 junio 2021)
128. APLICACIÓN UNIVERSAL DEL 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 (SAP Tarragona 1^a 28 julio 2021)
129. EFICACIA EN ESPAÑA DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA EN VENEZUELA QUE NO CUENTA CON EXECUÁTUR A LOS EFECTOS DE DECLARARLA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Tenerife 4^a 6 septiembre 2021)
130. DOCTRINA SOBRE LA NOCIÓN DE “RESIDENCIA HABITUAL” A PROPÓSITO DE UN DIVORCIO KENIATA (Auto AP Lleida 2^a 9 septiembre 2021)
131. EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO FRANCESA DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO HISPANO FRANCÉS DE 1969 DADO QUE EL DIVORCIO FUE PRONUNCIADO EN 1985 (AAP Guipúzcoa 2^a 20 septiembre 2021)
132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y LEY APLICABLE A LA PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE UN DIVORCIO DE DOS NACIONALES DE LA REPÚBLICA DE BANGLADESH, DONDE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO (SAP Madrid 24^a 19 octubre 2021)
133. DEMANDA QUE SE PRESENTA PARA MODIFICAR UNA SENTENCIA DE DIVORCIO QUE NO HA SIDO DECLARADO EJECUTIVA CON ARREGLO AL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ (AAP Alicante 4^a 3 noviembre 2021)
134. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN UN DIVORCIO EN ESPAÑA ENTRE DOS MARROQUÍES (SAP Madrid 24^a 8 noviembre 2021)
135. CONSTA DOCUMENTADO QUE LOS RECURRENTES CONTRAJERON MATRIMONIO VÁLIDO EN RUMANÍA, Y SIENDO ELLO ASÍ EL JUEZ *A QUO* DEBIÓ HABER RESUELTO SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA (SAP CIUDAD REAL 2^a 30 noviembre 2021)
136. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA UNA DEMANDA DE DIVORCIO INTERPUESTA POR EL ESPOSO, DE NACIONALIDAD HOLANDESA, FRENTE A LA ESPOSA DE NACIONALIDAD RUSA QUE NO RESIDE EN ESPAÑA (AAP Alicante 4^a 1 diciembre 2021)
137. SE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA QUE DECLARA LA FALTA DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE DIVORCIO (AAP Barcelona 12^a 14 diciembre 2021)
138. HA LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA SUIZA DE DIVORCIO PUES LOS DOCUMENTOS APORTADOS SE CONSIDERAN SUFICIENTES PARA ENTENDER CUMPLIDAS LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 29/2015 Y DEL CONVENIO HISPANO-SUIZO DE 19 NOVIEMBRE 1896 (AAP Ourense 1^a 14 diciembre 2021)
139. DEBERÍA HABERSE ACREDITADO QUE SE ENTREGÓ A LA DEMANDADO CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO O DOCUMENTO EQUIVALENTE PARA EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN KINSHASA (AAP Bilbao 4^a 20 diciembre 2021)
140. NO CUMPLIENDO LA EXIGENCIA DE FIRMEZA LA RESOLUCIÓN MARROQUÍ DE DIVORCIO, CUYA RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SE INSTA, DEBE SER DESESTIMADA TANTO EN ORDEN A LA PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO COMO A LA DE EJECUCIÓN (AAP Bilbao 4^a 22 diciembre 2021)
141. INADMISIÓN A TRÁMITE UNA DEMANDA DE DIVORCIO EN ATENCIÓN A LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PUES LA RESIDENCIA HABITUAL DE LA UNIDAD FAMILIAR ES FRANCIA (AAP San Sebastián 2^a 17 enero 2022)

142. SE DENIEGA EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO POR HABER DICTADO EL JUZGADO LA RESOLUCIÓN SIN TENER EN CUENTA LA PERSONACIÓN Y LAS CONSIDERACIONES OFRECIDAS POR LA DEFENSA DE LA APELANTE (AAP Cádiz 5ª 19 enero 2022)

143. NO PROCEDE DECRETAR EL DIVORCIO PUES ES DE APLICACIÓN LA LEGISLACIÓN ALEMANA, POR LA NACIONALIDAD COMÚN DE AMBAS PARTES (SAP Gran Canaria, 3ª 27 enero 2022)

144. MEDIDAS REFERIDAS A LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE DOS CÓNYUGES DE NACIONALIDAD MARROQUÍ, QUE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO EN MARRUECOS, RESUELTAS DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (SAP Barcelona 12ª 9 febrero 2022)

145. INADMISIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO NORTEAMERICANA AL NO HABER SIDO SUBSANADO EL DEFECTO ADVERTIDO, CONSISTENTE EN ACREDITAR LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN (AAP Valencia 10ª 10 febrero 2022)

146. TENIENDO AMBOS CÓNYUGES LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES SON COMPETENTES PARA ENTENDER DE UN DIVORCIO EN APLICACIÓN DEL ART. 3.1º.B) REGLAMENTO BRUSELAS II (AAP Pontevedra 6ª 21 febrero 2022)

147. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES HABIDA CUENTA DE QUE LA RECURRENTES ES DE NACIONALIDAD RUSA Y EL DEMANDADO ES DE NACIONALIDAD ALEMANA Y CONTRAJERON MATRIMONIO EN LA FEDERACIÓN RUSA (SAP Palma de Mallorca 4ª 9 marzo 2022)

148. AÚN CUANDO NO SE EXCLUYE QUE UN CÓNYUGE PUEDA DISPONER SIMULTÁNEAMENTE DE VARIAS RESIDENCIAS, ÉSTE SÓLO PUEDE TENER, EN UN MOMENTO DADO, UNA SOLA RESIDENCIA HABITUAL EN EL SENTIDO DEL ART. 3, AP. 1 ROMA II (AAP Santander 2ª 4 mayo 2022)

149. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA CONOCER DE UNA SOLICITUDES DE EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO VENEZOLANA (AAP 10ª 28 julio 2022)

EXTRANJERÍA

150. EL TS ESTIMA UN RECURSO DE CASACIÓN PORQUE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y RETORNO SE ADOPTÓ ATENDIENDO ÚNICAMENTE A LA SITUACIÓN DE ESTANCIA IRREGULAR DEL INTERESADO, SIN QUE SE APRECIASE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O NEGATIVA (STS CA 5ª 16 marzo 2021)

152. NI LA ADMINISTRACIÓN NI LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA PUEDEN ACORDAR O CONFIRMAR MEDIDAS DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL SIN ANTES VALORAR LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y FAMILIARES DEL AFECTADO (STC 151/2021, de 13 septiembre 2021)

153. SERIA DISCRIMINATORIO PARA LOS ESPAÑOLES SI LOS EXTRANJEROS PUDIERAN SIMULTANEAR LA HOMOLOGACIÓN DE SU TÍTULO EN TANTO QUE AQUELLOS DEBERÁN ESTAR EN POSESIÓN DE DICHO TÍTULO Y NO SIMULTANEAR LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO Y EL MÁSTER (STS CA 5ª 15 diciembre 2021)

154. LA EXPULSIÓN, COMPRESIVA DE LA DECISIÓN DE RETORNO Y SU EJECUCIÓN, EXIGE LA VALORACIÓN Y APRECIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE JUSTIFIQUEN LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA (STS CA 5ª 16 marzo 2022)

155. EVENTUAL ACREDITACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, A LOS EFECTOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LA ESPOSA DE UN EXTRANJERO CON PERMISO DE RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA (STS CA 5ª 25 abril 2022)

[Esta decisión es objeto de un comentario conjunto con la STS CA 5ª 18 mayo 2022, incluida en la presente rúbrica, *vid. infra*]

156. LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDA SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD DEBEN SER CONSIDERADOS MENORES DE EDAD HASTA QUE SE DETERMINE SU EDAD (STS Civ 1ª 27 abril 2022)

157. EL PERMISO DE RESIDENCIA POR REAGRUPAMIENTO FAMILIAR DE LA ESPOSA DE UN RESIDENTE LEGAL EN ESPAÑA, NO REQUIERE EL EXEQUÁTUR DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN QUE DECRETÓ LA DISOLUCIÓN DE UN ANTERIOR MATRIMONIO DEL SOLICITANTE EN SU PAÍS DE ORIGEN (STS CA 5ª 18 mayo 2022)

Observaciones: La presente sentencias del Tribunal Supremo, junto con la de 25 abril 2022 que se incluye en esta rúbrica, *vid. supra*, dictadas con casi un mes de diferencia, confirman, en sendos recursos de casación, que en el procedimiento de reagrupación familiar la acreditación del vínculo familiar en supuestos de reagrupación en segundas o posteriores nupcias en relación con la disolución del matrimonio anterior, en las condiciones previstas en la Ley 4/2000, de 11 de enero y el RD 557/2011, de 20 de abril, reviste de un carácter probatorio. En consecuencia, lo que se requiere es la prueba de la existencia de la disolución que cumpla con el canon establecido por la normativa sectorial de extranjería y no del reconocimiento de sus efectos procesales.

Esto nos sitúa en al ámbito de la fuerza probatoria extrínseca de los documentos (M. Font i Mas, “El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos: El Reglamento (UE) 2016/1191”, *Retos en inmigración y asilo: perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 192–193), cuyos efectos respecto a la autenticidad del documento, y en su caso, traducción, permiten presumir la validez del vínculo familiar, en este caso del nuevo cónyuge, sin tener que someterse a un control de contenido que implique acudir a las técnicas de Derecho internacional privado en relación a la eficacia extraterritorial de decisiones (P. Diago Diago, “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria–Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 pp. 83 ss y 131 ss).

Estamos pues ante una cuestión de carácter probatorio de los hechos y/o requisitos establecidos en la normativa sectorial de extranjería. Esto es que los documentos públicos emitidos por una autoridad extranjera que se presentan en el trámite son prueba plena del acto o vínculo familiar que acreditan sin quedar supeditados a la necesidad de la homologación a través del exequátur, en su caso, de la resolución judicial extranjera, propiciándose en la práctica administrativa una eficacia directa de los documentos públicos (P. Jiménez Blanco, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”, *REEI*, 35, 2018, pp. 30–31 y 48–49), a efectos exclusivos de la reagrupación familiar (M. Vargas Gómez Urrutia, “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 740 y 744).

En este escenario, el TS fija en su doctrina que no puede exigirse que la resolución judicial extranjera que decreta la disolución de un matrimonio anterior haya obtenido un previo exequátur para poder desplegar sus efectos en el procedimiento administrativo de extranjería ante la autoridad española competente para resolver una autorización de residencia por reagrupación familiar. Cuestión que también ha sido confirmada en casación para el trámite del visado en otra sentencia anterior a la que también alude; STS CA 3ª 20 julio 2016 (FJ 4º).

Cabe señalar que no se aborda en ningún momento el carácter documental o abierto de los medios de prueba para acreditar las relaciones familiares que contiene el art. 5.2º Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en el que se establece que las solicitudes irán acompañadas de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y de las condiciones establecidas para la reagrupación que se hayan fijado, indicándose además que si se considera conveniente para probar la existencia de los vínculos familiares se puedan realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia, así como efectuar cualquier otra investigación que se estime necesaria. En atención a esto último, la STJUE 13 marzo 2019, en el asunto C–

635/17, se pronuncia sobre el alcance del art. 5.2º Directiva 2003/86/CE con un toque especial atención al segundo párrafo, advirtiéndose que el margen de apreciación que tienen los Estados miembros no puede utilizarse de manera que “menoscabe el objetivo de la Directiva 2003/86 ni su efecto útil”. Cuestión sobre la que también se ha pronunciado el TJUE en su sentencias de 4 marzo 2010 (asunto C 578/08) y de 6 diciembre 2012 (asuntos C-356/11 y C-357/11) al establecer que el sistema que diseña la Directiva 2003/86/CE es que la autorización de la reagrupación es la regla general y que las disposiciones que posibilitan restricciones a la reagrupación han de interpretarse de manera estricta, así como que el margen de apreciación que tienen los Estados sobre estos criterios no puede utilizarse de modo que menoscabe el efecto útil o el objetivo de la Directiva que es favorecer la reagrupación familiar.

Esta no es la primera vez en la que el TS precisa abordar de algún modo la temática sobre el papel que juega el documento público emitido por una autoridad extranjera vs. la exigencia de exequátur, si bien ninguna de las dos sentencias de esta crónica hace referencia a la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, de 25 enero 2006 (*vid.* comentario M.A. Asín Cabrera, “Jurisprudencia: 2006/61. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 25 enero 2006”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 952-958). La sentencia versa sobre un recurso de casación relativo a la denegación de un visado de reagrupación familiar, cuyo denominador común con los hechos respecto a las sentencias objeto de esta crónica es que se trata de un supuesto de segundas nupcias de un reagrupante nacional de Marruecos que pretende la reagrupación de la actual esposa, de la misma nacionalidad, en el que acredita mediante documento público, el acta de divorcio solicitado por la primera esposa, la disolución del vínculo anterior. Sin embargo, en la ratio litigiosa no entra a debatirse sobre la exigencia o no de exequátur, dándose por entendido que el documento público extranjero presentado es título suficiente para acreditar la relación familiar y someterlo al examen de las autoridades de extranjería sin requerir una homologación previa a través de exequátur en atención a la función de la autoridad extranjera que expide el documento. Pero sí se centra su objeto de atención en otra cuestión interesante que en las actuales sentencias de esta crónica no llega a debatirse; si la disolución del anterior matrimonio recurrente acreditado mediante dicha acta notarial cumple con las garantías que exige la legislación sectorial de extranjería. Esto es, un procedimiento jurídico, que advierte el TS no es sinónimo de judicial, en el que sea reconocible una efectiva extinción del vínculo matrimonial y en el que se garanticen los derechos del ex-cónyuge y de los descendientes. Para ello, el TS analiza la situación respecto al derecho del país de origen, en el cual la institución de separación matrimonial es desconocida, y solo se conoce la disolución matrimonial, de la cual se diferencian los siguientes supuestos: el *talaq* o repudio (vía unilateral), el *tatliq* o divorcio judicial (vía bilateral), y el *kohl* o repudio mediante compensación económica de la esposa (vía intermedia). A partir del análisis del acta de divorcio presentada, el TS llega a la conclusión de que se trata de un supuesto de *kohl* y considera que dicha figura constituye un procedimiento jurídico con los requisitos establecidos en el art. 17 LO 4/2000, de 11 de enero (FJ 5º).

A continuación, examinaremos el contexto de ambas sentencias para entrar a proporcionar algunas pequeñas observaciones. Ambos recursos de casación giran en torno a dos resoluciones denegatorias de solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar por parte de la Subdelegación del Gobierno de Lugo, emitidas con un año prácticamente de diferencia (septiembre de 2019 y junio de 2020 respectivamente). En estas resoluciones administrativas se deniegan las autorizaciones por considerar que, para acreditar que en un supuesto de segundas nupcias el procedimiento jurídico por el cual se disuelve el matrimonio cumple con los requisitos establecido en el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril, se precisa el exequátur de la resolución extranjera, aunque en el procedimiento se hayan presentado documentos públicos emitidos por un autoridad extranjera apostillados y traducidos que acreditan la disolución del matrimonio anterior. Debe tenerse en cuenta, no obstante, a que el incumplimiento de alguno de estos extremos conduciría a la denegación de la autorización de residencia, a no ser que los documentos no hayan sido impugnados por este motivo (STS de 20 julio 2016, FJ 4º).

Los dos casos tienen como elementos en común que se trata de supuestos de segundas u posteriores nupcias de reagrupantes marroquíes en las que se acredita la condición de cónyuge de la persona a la que solicita reagrupar, también de nacionalidad marroquí, mediante acta notarial, así como la disolución del vínculo anterior mediante la presentación de la resolución extranjera de divorcio sobre la cual no se ha obtenido un exequátur previo. La diferencia estriba en que mientras que en la primera denegación la persona reagrupante es una mujer, en la segunda, se trata de un hombre. Y si bien ello no debiera presentar mayor relevancia en la cuestión litigiosa, sí que en cierto momento parece revestir un especial protagonismo, pero que no tiene mayor trascendencia para el objeto de la controversia más allá de ser un indicador de la desconfianza de la administración ante el Derecho de familia de corte islámico en relación a la poligamia. Ello aun cuando el precepto de extranjería aplicable se refiera, por un lado, a la disolución del matrimonio anterior, excluyéndose pues que estemos ante supuestos de poligamia, y aun cuando el precepto debiera resultar aplicable cuando se pretenda la reagrupación del cónyuge en segundas o posteriores nupcias solamente en casos en los que se haya reagrupado previamente a otro cónyuge y no cuando sea el único cónyuge que requiera ser reagrupado por parte del reagrupante (G. Esteban de la Rosa, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, pp. 195–197).

Las resoluciones fueron objeto de recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso–administrativo de Lugo, siendo resueltas la primera por el nº 2 el 14 mayo de 2020 y la segunda por el nº1 el 18 septiembre 2020. Ambas fueron recurridas en apelación por el Abogado del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. La Sección primera de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del TSJ de Galicia dictó las dos sentencias en un breve espacio de tiempo entre ellas; 17 y 24 marzo 2021. Así, pues nos encontramos con dos pronunciamientos separados escasamente por una semana de tiempo.

Tanto en primera instancia como en apelación se confirma que en el trámite de reagrupación familiar estamos ante una cuestión probatoria, recurriéndose en casación por el Abogado del Estado al alegar que la falta de exequátur no faculta el control del orden público para que la resolución extranjera despliegue sus efectos en España en el ámbito de un procedimiento de extranjería en atención a que no permite que resulten acreditados los extremos que fija el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril.

La sección 5ª de la Sala de lo Contencioso del TS acoge el argumento del Juzgado de Instancia y del TSJ Galicia, advirtiéndose que “No puede confundirse la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho”. Así pues, se trata de acreditar la relación familiar ante las autoridades administrativas que van únicamente a verificar las condiciones en relación con el valor probatorio del documento que se aporta y que debe acreditar los extremos que se exigen por la normativa para gozar de la condición de cónyuge a los efectos de la reagrupación familiar. Sin embargo, nada se cuestiona en estas sentencias respecto al examen de si el procedimiento contemplado en los documentos públicos aportados por las personas interesadas a las solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar cumple con los requisitos específicos que impone el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril. No resulta controvertido más allá del empeñamiento en la exigencia de exequátur, por ejemplo, que uno de los documentos que se aporta como es el acta de divorcio de mutuo acuerdo y divorcio definitivo, en el que, conforme a la *Mudawana*, los cónyuges tienen derecho a solicitar el divorcio, con o sin condiciones, siempre que éstas últimas no sean contrarias a lo dispuesto en el Código o perjudiquen a los hijos, en el que las partes presentan la demanda de divorcio de mutuo acuerdo aportando un convenio que pretenden homologar, en el que se promueve la mediación y si no hay acuerdo se levanta acta de divorcio, cumple con los requisitos que establecen los arts. 17 a) LO 4/2000, de 11 de enero y 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril. Dicho examen es exclusivamente realizado al objeto de acreditación de los requisitos establecidos en la normativa de extranjería a efectos de un control interno de su cumplimiento para poder resultar beneficiarios de la

reagrupación familiar, pero no como un control del contenido que implicaría el precisar de un procedimiento de homologación previo de la resolución que reconozca los efectos procesales de la resolución. Y es que existe una obligación de velar por el cumplimiento de dichos requisitos. Así lo ha establecido el TJUE en su Sentencia de 20 noviembre 2019, en el asunto C-706/18, en la que determina que sí menoscaba el objetivo de la Directiva 2003/86/CE y su efecto útil el expedir un permiso automático de residencia por reagrupación familiar sin haber comprobado la existencia del vínculo familiar conforme a los requisitos establecidos por la Directiva (ap. 37).

Diana MARÍN CONSARNAU*

158. LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDA SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD DEBEN SER CONSIDERADOS MENORES DE EDAD HASTA QUE SE DETERMINE SU EDAD Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN (STS Civ 1ª 5 julio 2022)

FILIACIÓN

159. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN FAVOR DE LA DEMANDANTE RESPECTO DE UNA MENOR NACIDA EN RUSIA MEDIANTE UN PROCESO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (SAP Palma de Mallorca 4ª 27 abril 2021)

Observaciones: La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en su Sentencia del 27 abril 2021, ha confirmado en apelación, lo que ya se había establecido en Primera Instancia, que es la posibilidad de que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia (SAP Palma de Mallorca 4ª 27 abril 2021 (JUR\2021\163294)).

La Sala establece la filiación materna de una menor que nació en Moscú de una mujer rusa, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que la niña carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera; considerada, por tanto, la madre comitente.

Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. En mi opinión, de manera acertada, se ha procedido a un análisis del caso planteado, que es completamente diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Tribunal Supremo (TS).

En primer lugar, ya el Juzgado de Primera Instancia otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un totum revolutum de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada; así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional. Por lo tanto, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

* Universidad Rovira i Virgili, Tarragona)

Pues bien, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca viene a realizar algo parecido en la sentencia objeto de análisis. Por un lado, considera que, aunque el tribunal de San Petesburgo deniega a la demandante su solicitud de sentencia judicial, es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Por lo tanto, para la Audiencia Provincial, de acuerdo con la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Si bien, la duda que surge en este punto es si efectivamente la sentencia del tribunal de San Petesburgo, en la que se desestima la demanda de la actora, deriva de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de forma que pueda superar los requisitos establecidos en la Instrucción y proceder al reconocimiento de la filiación recogida en el acta registral de nacimiento rusa. La solución a la disyuntiva por parte de la Audiencia Provincial ha sido en sentido positivo.

Pero, por otro lado, analiza la reclamación de filiación por posesión de estado. Sobre esta cuestión señala que, aunque ésta ha quedado probada a lo largo del procedimiento, no basta por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contraviene lo dispuesto en el art. 10.2º Ley 14/2006. Si bien la posesión de estado favorece a la demandante en aras del reconocimiento de la filiación de la madre comitente con respecto a la menor rusa.

Además, los argumentos posteriores están en consonancia con la solicitud de reconocimiento de la certificación de nacimiento extranjera, pues se analiza la jurisprudencia del TS y del TEDH en relación al principio del interés superior del menor; para llegar a la conclusión de que sí procede la inscripción como aparece en la certificación registral, porque en el caso planteado no se cumplen los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor, entre ellos la adopción.

En este mismo sentido, se debe recordar que, a raíz del Dictamen del TEDH del 2019, en relación al asunto *Mennesson*, el juez decidió proceder a la inscripción de la madre comitente de las niñas como madre legal, al considerar que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001)).

En definitiva, todo este análisis que realiza la Audiencia Provincial y que se va a resumir a continuación, –al igual que como sucede con la reclamación de filiación por posesión de estado– es innecesario si es posible el reconocimiento incidental de la sentencia rusa de nacimiento de los menores, por medio de la Instrucción DGRN 5 octubre 2010.

Por un lado, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 6 febrero 2014, ha señalado que la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine ([TS Civ nº. 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)]). Si bien una vez que el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos –respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)–. Para ello, el ordenamiento español, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los padres comitentes lo fuera; y el que no fuera padre biológico, podría optar por figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

Sin embargo, en la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez, que se ha observado que el

contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 febrero 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente. Para ello, la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación del principio del interés superior del menor diferente a la del Tribunal Supremo, acorde a la concreción de dicho principio que contempla la Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015, pp. 61871-61889). Así que, de acuerdo con dicha norma, en el supuesto objeto de estudio, se está preservando el interés superior del menor, pues se está favoreciendo la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito.

Por otro lado, tras el primer Dictamen del TEDH puede afirmarse que, aunque existe un limitado margen de discrecionalidad de los Estados miembros en el reconocimiento del vínculo de filiación, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la elección de los medios jurídicos para llevar a cabo el mismo, que bien puede tratarse de la adopción, siempre que se procure prontitud en el procedimiento. No se exige, por tanto, la inmediata inscripción de los datos que figuran en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil nacional correspondiente.

No obstante, las diferencias entre las soluciones adoptadas por el TEDH en los asuntos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* y por el Tribunal Supremo en el caso de los “niños de California”, no han resultado ser reales en la práctica, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH precisamente en relación con el asunto *Mennesson* (STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 [JUR\2014\176908] (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211)).

En su primer Dictamen en relación con la gestación por sustitución, el TEDH señala que el reconocimiento de la filiación de las hijas *Mennesson* en relación con la madre comitente, no tiene que hacerse por la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino por cualquier otra vía como la adopción, siempre que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad del reconocimiento de la filiación, de conformidad con el interés superior del menor.

Si bien, la solución es similar a la ofrecida por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de la filiación a favor del padre que no resulte ser el padre biológico, es decir, que dichos padres comitentes no biológicos tienen la posibilidad el acogimiento o la adopción. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones es rápida en el ordenamiento español. En Francia por otro lado, aunque en el asunto *D contra Francia*, el TEDH señaló que la adopción plena tiene una duración de alrededor cuatro meses; en relación con el asunto *Mennesson* el juez consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción (STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c. Francia* [JUR\2020\214195] (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818)).

Así pues, la diferencia entre el caso español y el francés es que en el caso francés, uno de los padres comitentes demostró a lo largo del procedimiento que era el padre biológico de los menores, mientras que en el caso español, esto no quedó probado, aunque sí que fue puesto de manifiesto a lo largo de las diferentes instancias que atravesó el asunto. Aunque el hecho de que ninguno de los padres comitentes sea el padre biológico del menor, no parece ser relevante para que exista un núcleo familiar de “facto” y se respete el derecho a la “vida privada y familiar”, de acuerdo con el art. 8 TEDH; la realidad es que, la ausencia de carga genética en el menor fue uno de los motivos, entre otros, para que finalmente, el TEDH no considerara que había habido una

injerencia en el derecho a la vida privada y familiar por el Estado italiano en el asunto *Paradiso Campanelli contra Italia* [(STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812))].

En cualquier caso, el TEDH y el Tribunal Supremo sí que coinciden en que debe respetarse el núcleo familiar *de facto* constituido en el país de destino, siendo un medio idóneo para la protección del mismo, por ejemplo, la concesión del derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes. Precisamente, porque existía un núcleo familiar de “facto” en el Estado de origen, en esta sentencia objeto de estudio, se ha permitido la inscripción de la certificación registral de nacimiento de una niña nacida en Rusia mediante gestación por sustitución, en aras del principio del interés superior del menor. Para ello, se han tenido en cuenta todas las circunstancias del caso: no era posible recurrir a ninguna de las soluciones previstas por el Tribunal Supremo, dado que no se podía identificar al padre biológico, pues se trataba de un donante anónimo; y no se cumplían las condiciones legales para la adopción o el acogimiento bajo la legislación española. Así pues, tanto en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como en la Sentencia de 16 julio 2020, asunto *D contra Francia*, los tribunales están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH a través de su jurisprudencia.

En definitiva, la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021, en el que se trata de determinar la filiación de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución donde no ha habido ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la hija, ha venido a situar el principio del interés superior del menor por encima del orden público internacional español; si bien se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del asunto en cuestión.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

160. PARA LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD RESULTA INCUESTIONABLE LA APLICACIÓN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, POR SER EL LUGAR DE RESIDENCIA DEL MENOR, DESDE SU NACIMIENTO, CON INDEPENDENCIA DE SU NACIONALIDAD (SAP Madrid 22^a 14 mayo 2021)

161. SE ESTIMA LA APELACIÓN CONTRA UN AUTO QUE ACORDÓ NO HABER LUGAR A LA ADOPCIÓN DE DOS MENORES POR CONSIDERARLAS CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL CON RESPALDO EN LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (SAP Madrid 22^a 11 octubre 2021)

162. POR EL MERO HECHO DE PRACTICARSE EN EL CONSULADO DE CARACAS EN 2002 LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA NO QUEDA ACREDITABA LA MISMA CON FEHACIENCIA, SI NO VA ACOMPAÑADA DE OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA (SAP Pontevedra 6^a 20 enero 2022)

163. EL TRIBUNAL SUPREMO CONSIDERA QUE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN PRACTICADA EN MÉXICO VULNERA LOS DERECHOS DE MADRES GESTANTES Y NIÑOS (STS Pleno 31 marzo 2022)

Observaciones: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 marzo 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 febrero 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México (STS Civ n.º. 1153/2022, 31 marzo 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153); STS Civ n.º. 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson c. Francia*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211)).

Efectivamente, aunque en Primera Instancia son rechazadas, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se procede a reconocer como hijos naturales a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español; en vez de recurrir al reconocimiento de la certificación registral de nacimiento extranjera, que es lo que solicitaron los demandantes en el caso de los “niños de California” del que derivó la STS 6 febrero 2014.

En cuanto a si se cumple o no la posesión de estado en el presente asunto, tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vívida”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 abril 2019 sobre el asunto *Mennesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica” (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001)). En este sentido, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la STS 9 mayo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “el menor sea tenido por hijo”. Efectivamente, el art. 131 Cc entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1º y 10.2º Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

La ley aplicable a la filiación internacional, tal y como señala el Tribunal Supremo viene determinada por el art. 9.4º.I Cc. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4º.I Cc, con su actual redacción. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2018, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía tres años y residía en España.

En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4º.I Cc en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley mexicana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrantes contra la madre gestante o contra el menor. Así pues, la ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en las Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución.

Finalmente, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015, pp. 61871-61889); y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad.

Pues bien, el Tribunal Supremo añade que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3º Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

No obstante, cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3º Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante. Si bien esta no es la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen TEDH 10 abril 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia. En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º Cc). El Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º Cc en relación con el art. 237 Cc).

Además, la solución ofrecida por el Tribunal Supremo sigue la misma interpretativa que en su anterior sentencia de 6 febrero 2014; siendo, además, la opción del acogimiento o de la adopción, la solución que habían propuesto a los demandantes, tanto el encargado del Registro Civil español en el año 2015, como el JPI, cuando se planteó la demanda ante tribunales españoles en el 2018.

Para el Tribunal Supremo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, pues como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo–, mediante el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, que lesionan gravemente los derechos mencionados. Sin embargo, no se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–; cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo está poniendo de manifiesto.

Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021 (JUR\2021\163294), en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña; no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor; y en los que el recurso de la adopción tampoco era posible.

En cualquier caso, la realidad es que ya sea, mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Así pues, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que evitar aplicar por analogía la normativa existente o estar incumpliendo las leyes sobre la adopción. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

164. PARA EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EL LEGISLADOR ATIENDE EN PRIMER LUGAR A LA “CONEXIÓN SOCIAL” REPRESENTADA POR LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO, QUE EL DERECHO ESPAÑOL FIJA EN EL MOMENTO DEL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN (SAP Barcelona 18^a 25 mayo 2022)

165. NO CABE EL RECONOCIMIENTO DE POSESIÓN DE ESTADO EN ORDEN A UN MENOR RESPECTO DEL CUAL NO SE HA DETERMINADO HABER NACIDO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CALIFORNIA (SAP Pamplona 3^a 7 junio 2022)

Observaciones: La Audiencia Provincial de Pamplona en su Sentencia de 7 junio 2022 ha rechazado el reconocimiento de la filiación natural a favor de los padres comitentes, solicitada por posesión de estado, en relación con dos menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en California (SAP Pamplona 3^a, 7 junio 2022 (JUR\2022\264041) (ECLI:ES:APNA:2022:592)). Esta sentencia sigue la misma línea interpretativa que viene manteniendo el Tribunal Supremo en relación con los contratos de gestación por sustitución

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

celebrados en el extranjero, tal y como se desprende de sus sentencias, una del 31 marzo 2022 y otra del 6 febrero 2014 (STS Civ nº. 1153/2022, 31 marzo 2022 (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153; (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

La Audiencia, no obstante, establece la filiación adoptiva de dichos menores nacidos en California de una mujer, cuyo proceso de gestación subrogada se llevó a cabo mediante embriones creados por fertilización in vitro con óvulos y espermatozoides procedentes de donantes anónimos; de modo que los niños carecían de vínculo biológico con los padres comitentes, que formaban una pareja sentimental de hombre y mujer. Así pues, tiene trascendencia dicha sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como ha puesto de manifiesto el TS en las sentencias arriba mencionadas; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su variada jurisprudencia.

En un primer momento, se solicitó el reconocimiento de la Sentencia de 13 noviembre 2012, de la *Superior Court* del Estado de California, que había declarado la maternidad de la madre comitente sobre los dos niños aún no nacidos (*pre-birth judgement*). Sin embargo, el reconocimiento de la eficacia legal de dicha sentencia fue denegado en procedimiento de exequatur por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, a través de su Sentencia de 9 febrero 2015, confirmada por la Audiencia Provincial de Navarra.

Posteriormente, la madre comitente, en calidad de tal y de guardadora de hecho de los menores, interpuso una demanda solicitando que los Tribunales declararan que el demandado es el padre legal de los menores por posesión de estado; teniendo en cuenta que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento jurídico español (art. 131 CC). Para ello se apoyó en la STS 6 febrero 2014 y en un Auto posterior del TS de 2 febrero 2015 (TS Civ 2 febrero 2015 (RJ\2015\141)); en las SSTEDH 26 junio 2014 en los casos *Labassee c. Francia* y *Mennesson contra Francia* (STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111)); así como en la STS 15 enero 2014 sobre la filiación por posesión de estado (RJ\2014\1265) (ECLI:ES:TS:2014:608). Como argumentos para apoyar su solicitud, se aludió a que las autoridades californianas habían reconocido de manera expresa la paternidad del demandado con las debidas garantías; que la filiación de los menores vendrá determinada por la ley personal de los menores, que como ostentan nacionalidad estadounidense, la ley californiana establece la paternidad del demandado; y, por último, la protección del interés superior del menor.

No obstante, la demanda fue desestimada, de forma que se rechazó el reconocimiento de tal posesión de estado, a pesar de que quedaba acreditado que el padre comitente se había comportado como el padre de los menores desde su nacimiento; porque subyace un fraude de Ley que no puede estar amparado por el ordenamiento jurídico español. Debe destacarse que el demandado consiguió ser reconocido como progenitor de los menores en California e inscribirlos en su Registro Civil como su padre, mediante la falsa afirmación de haber aportado material biológico para la fecundación, lo cual, como él mismo reconoce, no es real.

Aunque no señala nada al respecto la Audiencia Provincial, debe aclararse que la ley aplicable a la filiación internacional viene determinada por el art. 9.4º.I Cc. De forma que sólo en caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley californiana –de manera errónea se señala ley estadounidense–, esta Ley regiría la filiación. Pues bien, al respecto señala la demandante que la ley aplicable a la filiación es la ley californiana, por ser la ley personal de los menores. Sin embargo, con la actual redacción del art. 9.4º.I Cc, el primer punto de conexión es la residencia habitual del menor, que se encuentra en España, luego la ley aplicable a la filiación de los menores es la ley española. En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4º.I Cc en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación

de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley californiana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

Tras ser desestimada la demanda, la demandante recurrió, recurso al que se unió el demandado, cuya paternidad se estaba solicitando. En dicho recurso, se señala que no se ha tenido en cuenta el interés superior de los menores, pues éstos están sufriendo un perjuicio por el no reconocimiento de la filiación paterna, ya que siguen siendo extranjeros irregulares en España después de ocho años de residencia sin vinculación parental con quienes conviven.

Al respecto, la Audiencia Provincial señala que el argumento fundado en el interés superior del menor fue rechazado por la STS 6 febrero 2014. Así recuerda al respecto que la invocación indiscriminada del interés del menor serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera realizado. Por lo que, la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. En definitiva, tal y como concluye el Tribunal Supremo, la protección de este interés no puede estar fundado en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres comitentes, sino que habrá de partir de la ruptura de todo vínculo de los menores con la madre gestante, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. Así que al margen del reconocimiento de la paternidad biológica recogida en el art. 10.3º Ley 14/2006, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. De forma que se acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, en caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares de facto entre los recurrentes y los menores.

Así, en un Auto posterior del TS de 2 febrero 2015, se concluye que a los niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como sucede en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.

Por lo tanto, tal y como destaca la Audiencia Provincial, en el ATS 2 febrero 2015 se hace referencia a la posesión de estado civil –además de al establecimiento de la filiación biológica o a la adopción–, como método posible en determinados casos para establecer la filiación de los niños nacidos por gestación sustitución en el extranjero, respecto a los padres comitentes; si bien no se precisan los casos en que esto sería posible.

Sin embargo, la Audiencia recuerda que la STS 31 marzo 2022 rechaza que la posesión de estado civil sea un método admisible para reconocer la filiación materna de un niño nacido en México mediante gestación por sustitución (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022: 1153).

No obstante, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del

menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7. 2015, pp. 61871–61889); y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad. Pues bien, aunque la Audiencia Provincial de Pamplona no lo menciona, el Tribunal Supremo señala en dicha sentencia del 31 marzo 2022 que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 abril 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16–2018–001)). En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en dicho procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º Cc). El Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º Cc en relación con el art. 237 Cc). Por todo ello, la Audiencia Provincial concluye que el reconocimiento de la filiación de menores nacidos por gestación por sustitución, sin aportación de material genético por los padres comitentes, debe realizarse por la vía de la adopción descartando que pueda producirse por la continua posesión de estado.

En mi opinión, tanto la Audiencia Provincial de Pamplona como el Tribunal Supremo ofrecen la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quieren proceder al reconocimiento de la filiación natural, por posesión de estado. Pero, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación de los menores en favor de los padres comitentes, que es lo importante en lo que a la protección del interés superior del menor se refiere.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

INSOLVENCIA

166. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, SE RESERVA AL JUEZ DEL CONCURSO EL CONOCIMIENTO DE LAS ACCIONES Estrictamente concursales, PERMANECIENDO EL FORO ORDINARIO PARA LAS DEMÁS COMPETENCIAS (AAP Málaga 5ª 15 septiembre 2021)

MATRIMONIO

167. LOS DEMANDADOS CONTRAJERON MATRIMONIO CIVIL NO PARA FORMAR UNA FAMILIA, SINO PARA REGULARIZAR LA ESTANCIA DE D^a RUTH COMO RESIDENTE COMUNITARIO Y PODER ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Sevilla 2ª 15 junio 2021)

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

168. DESESTIMACIÓN DE UNA DEMANDA DE NULIDAD MATRIMONIAL BASADA EN LA INSTRUMENTALIZAR UNA RELACIÓN PARA OBTENER DE MODO ACELERADO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Girona 1ª 14 julio 2021)

169. POR ESTAR EN JUEGO *IUS CONNUBI* (ART. 32 CE) DEBE DENEGARSE LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO ÚNICAMENTE CUANDO EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL ALCANCE UNA CERTEZA PLENA DE HALLARSE ANTE LA PRESENCIA DE UN MATRIMONIO SIMULADO (SAP Madrid 21ª 28 septiembre 2021)

170. DE LA PRUEBA EXAMINADA NO PUEDE DESPRENDERSE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN ENTRE LOS CONTRAYENTES QUE PUEDA ASIMILARSE A LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL, MÁS ALLÁ DEL MERO HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO ANTE UNA AUTORIDAD COMPETENTE EN SANTO DOMINGO (SAP Lugo 1ª 28 octubre 2021)

171. EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA LA EXTINCIÓN DE LA TARJETA DE RESIDENCIA TEMPORAL DE UNA MUJER AL HABERSE ACREDITADO QUE SU MATRIMONIO FUE UN FRAUDE (STS CA 5ª 15 diciembre 2021)

172. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN GIBRALTAR NO AFECTA A SU EXISTENCIA Y EFICACIA JURÍDICA, PUDIENDO ACREDITARSE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO POR OTROS MEDIOS DE PRUEBA AJENOS AL ACTA DE INSCRIPCIÓN (SAP Málaga 6ª 17 diciembre 2021)

173. PESE A HABER INTERVENIDO UN NOTARIO COLOMBIANO EN LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA NO CONSTA QUE SE HAYAN OBTENIDO BENEFICIOS PARA SIMULAR EL CONSENTIMIENTO CUANDO SE PRESTÓ PARA CONTRAER EL MATRIMONIO EN PERÚ (SAP León 1ª 21 diciembre 2021)

174. SE DESPRENDE DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA QUE EL MARROQUÍ NO PUEDE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE MANERA RÁPIDA ACUDIENDO A UN SUBTERFUGIO ES MATERIA NO PROBADA Y EN, TODO CASO, AJENA AL EJERCICIO DEL *IUS CONNUBI* (SAP Sevilla 3ª 3 enero 2022)

175. SE DECLARA LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ERROR PADECIDO POR LA CONTRAYENTE ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON LAS CUALIDADES ESENCIALES DEL CONTRAYENTE EXTRANJERO (SAP Madrid 24ª 25 febrero 2022)

176. LA INTENCIÓN DE QUE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO PERMITA LA OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA O LA RESIDENCIA EN ESPAÑA NO ES ALGO ILEGÍTIMO, Y SE TRATA DE UNA FINALIDAD QUE PUEDE ESTAR PRESENTE EN AQUELLOS QUE CONTRAEN MATRIMONIO CON UN EXTRANJERO (SAP Burgos 3ª 22 abril 2022)

177. NO ES AJENA A ALGUNOS DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA LA EVENTUALIDAD DE QUE LO HAYAN SIDO PARA APROVECHAR LAS VENTAJAS DE UNA APARIENCIA MATRIMONIAL CREADA AD HOC PARA ORILLAR O PALIAR LOS OBSTÁCULOS DERIVADOS DE LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA (SAP Barcelona 12ª 13 mayo 2022)

178. LOS INDICIOS DE SIMULACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO EN COLOMBIA QUE SE TUVIERON EN CUENTA PARA ADOPTAR LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA TANTO POR EL ENCARGADO CONSULAR COMO POR LA DIRECCIÓN GENERAL, HAN QUEDADO DILUIDOS (SAP Tenerife 3ª 13 mayo 2022)

MENORES

179. NO CONCURRE CONTRADICCIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL EN LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DADO QUE NO EXISTE CONSTANCIA DE LA SOLICITUD DIRIGIDA AL TRIBUNAL DE MENORES DE CALGLIARI (AAP Granada 5ª enero 2021)

180. CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE JUZGADOS ESPAÑOLES PARA PRONUNCIARSE SOBRE MEDIDAS DE CARÁCTER TRANSNACIONAL ACERCA DE PROTECCIÓN DE MENORES (AAP Murcia 4ª 21 enero 2021)

Observaciones: 1. La SAP Murcia 4ª 21 enero 2021 versa sobre un conflicto de competencias entre juzgados españoles para pronunciarse sobre un procedimiento de modificación de medidas en un procedimiento de familia, en relación con la fijación de un nuevo régimen de visitas de un menor, que reside en España, con su padre. También se pronuncia sobre la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer del caso.

2. En concreto, la citada Sentencia desestima el recurso de apelación planteado contra el auto de 6 septiembre 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia, por el que se declara la falta de competencia objetiva de dicho tribunal para conocer de una modificación de medidas adoptadas por otro juzgado (por Sentencia de 7 marzo 2017 dictada por el Juzgado nº 3 de Murcia). El actor plantea la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de su demanda, ya que el menor, cuyo régimen de visitas con su padre se pretende modificar, reside en España. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone manteniendo que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer de esta cuestión.

3. De forma previa al análisis de los fundamentos jurídicos, es necesario exponer los distintos procedimientos que se siguieron:

- En primer lugar, el Juzgado de Distrito Uno de Bucarest dictó sentencia de divorcio entre las partes el 11 septiembre 2013 y atribuyó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo común. Igualmente, fijó una pensión de alimentos del padre para el hijo. En aquel momento, la residencia habitual de las partes ya estaba fijada en España.
- El Juzgado de Primera Instancia de Murcia n 3 (Familia 1) dictó auto el 14 marzo 2014 por el que se homologa la transacción judicial alcanzada por las partes y se reconoce la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal rumano. Además, alade un régimen de visitas del padre con el hijo a través del Punto de Encuentro Familiar.
- A continuación, el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Murcia (Familia 1) dicta sentencia el 7 marzo 2017 en un procedimiento de modificación de medias por el que se aprueba un acuerdo alcanzado por las partes en relación con el importe de la pensión de alimentos del padre al hijo.
- Seguidamente, el padre presenta demanda de modificación de medidas en el Juzgado de Murcia n 3, solicitando la modificación del régimen de visitas de su hijo que, recordemos, se habían fijado con carácter provisional. El citado Juzgado dictó auto el 21 noviembre 2018 declinando su competencia judicial internacional, ya que argumenta que se pretende modificar una sentencia extranjera. No obstante, señala que tal competencia sí podría corresponder al Juzgado de la residencia del menor para la adopción de medidas paternofiliales para adecuarlas a las nuevas circunstancias concurrentes, conforme al art. 22 quáter LOPJ. Ya que, además, fue en esta dirección en la que se modificó la pensión de alimentos, que inicialmente había fijado una sentencia de un Tribunal rumano, por lo que también está facultado para modificar las visitas paternofiliales que el Juzgado de Murcia fijó provisionalmente en el Punto de Encuentro Familiar.
- Llegados a este punto, se plantea la misma pretensión, es decir, la modificación del régimen de visitas, ante el Juzgado de Murcia n 5, lugar de residencia del menor, cuyo auto es el objeto del recurso de apelación de la sentencia que se está analizando.

4. Para resolver el recurso, la AP analiza las siguientes cuestiones: en primer lugar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; y en tercer lugar, el conflicto de competencia objetiva entre los Tribunales españoles.

5. En primer lugar, la AP recuerda que para resolver esta cuestión es menester partir de los fundamentos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En virtud del mismo, la primera exigencia es el acceso a los Tribunales, y, por tanto, prima el principio *pro actione*, lo que implica la necesidad de interpretar y aplicar las leyes sobre todo las procesales, de la forma más favorable a la iniciación del proceso” (F.J 2).

6. Una vez asentada esta cuestión, la AP analiza la competencia judicial de los tribunales españoles para conocer del caso. Y lo hace, como la propia AP recuerda, no porque la resolución impugnada se fundamente en base a la falta de competencia de los tribunales españoles, sino porque se alega como motivo de oposición al recurso tanto por una de las partes como por el Ministerio Fiscal, de forma un tanto sorprendente.

La AP acierta en la concreción de la norma aplicable al caso para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles: el Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338 de 23.12.2003, cde DO L 82, de 22.3.2013), en adelante Reglamento Bruselas II bis. Y, en concreto, el foro general de la residencia habitual del menor establecido en su art. 8. Ya que nos encontramos ante un procedimiento de modificación de las medidas relativas al régimen de visitas de un menor, materia cubierta por el ámbito de aplicación material del citado Reglamento.

Respecto a este extremo, la AP cita de forma adecuada las fuentes del modelo español de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental:

“La normativa aplicable en nuestro país está determinada, en primer lugar, por el Reglamento 2201/2003 CE (materia matrimonial y responsabilidad parental), en su defecto por el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 (protección de niños) y, en defecto de normas internacionales, los arts. 22 y 23 LOPJ” (F. J. 3).

No obstante, a continuación, señala

“En el presente caso la legislación aplicable es el Reglamento 2201/2003 CE, al residir el menor en España desde al menos 2010, al cuidado de la madre que también reside aquí, así como su padre. Al tener ambos progenitores su residencia habitual en España y residir también ella el menor, la competencia para la adopción de medidas paterno-filiales es de los Tribunales españoles, conforme a los arts. 22.ter y 22. quáter LOPJ...” (F. J. 3).

Esta afirmación de la AP no sería técnicamente correcta, ya que como ella misma afirma, y hemos señalado en el párrafo anterior, la modificación del régimen de visitas de un menor entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, y, en consecuencia, no es de aplicación la LOPJ.

Igualmente, resulta pertinente realizar una clarificación adicional. La AP parece dar a entender que la competencia de los Tribunales españoles se basa en que la medida que se pretende adoptar fue adoptada por primera vez por un Tribunal español (el Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Murcia):

“Por lo tanto, como lo que se pretende es modificar precisamente una medida adoptada por primera vez por un Tribunal español (el Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Murcia), relativa al régimen de visitas entre el padre no custodio y el hijo menor de edad, sobre la que el Juzgado de Budapest lo que hizo fue no establecer expresamente dichas visitas, por lo que no cabe duda de la competencia de los Tribunales españoles para su adopción” (FJ 3).

Esta afirmación tampoco es precisa técnicamente, ya que, en virtud del Reglamento Bruselas II bis, no habría problema en modificar un régimen de visitas establecido de conformidad con una sentencia extranjera, siempre que se dieran los requisitos necesarios para ello. Fundamentalmente, que el Tribunal español tenga competencia judicial para conocer el asunto, como es el caso, puesto que la residencia habitual del menor se encuentra en España.

7. Por último, la AP entra a dilucidar la cuestión de la competencia entre los Tribunales españoles para conocer de una demanda de modificación de medidas del art. 775.1º LEC, y no el art. 774 LEC, que es el mencionado por el auto recurrido.

El art. 775.1º LEC señala claramente que

“El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

En relación con este extremo, la AP, tras citar la jurisprudencia del TS al respecto, concluye que la competencia corresponde al Juzgado que adoptó la medida que se trata de modificar, y ese es el JPI nº Tres de Murcia, que fue quien la adoptó en el auto de 14 marzo 2014. En consecuencia, el citado Juzgado inadmitió indebidamente la demanda presentada por la parte actora en primer lugar para modificar el régimen de visitas. Por ello, la AP afirma que nada impide al actor a volver a plantear su pretensión ante el Tribunal correspondiente, sin que se le pueda reprochar no haber recurrido el auto de este Tribunal que denegó su demanda, ya que el actor siguió el trámite que el auto le indicaba, y presentó de nuevo la demanda ante el Tribunal indicado, y ello como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

María GONZÁLEZ MARIMÓN *

181. SE DESESTIMA LA SOLICITUD DEL DEMANDADO DE QUE SE HOMOLOGARA UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN ECUADOR Y SE ACUERDA OTORGAR LA GUARDA Y CUSTODIA A LA MADRE, SIN VISITAS PARA EL PADRE (SAP Barcelona 18ª 11 marzo 2021)

182. SE ESTABLECEN *EX NOVO* LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS MENORES, SIN QUE SEA ÓBICE PARA ELLO LA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL TRIBUNAL DE MARRUECOS PUESTO QUE, A FALTA DE RECONOCIMIENTO, CARECE DE EFECTOS EN ESPAÑA (SAP Lleida 2ª 23 abril 2021)

REQUERIMIENTO A LA MADRE PARA QUE CUMPLA VOLUNTARIAMENTE LA ENTREGA DEL MENOR RESIDENTE EN RUSIA AL PADRE PUES LA MEDIDA ADOPTADA OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR AL PADRE (AAP Vitoria-Gasteiz 1ª 23 abril 2021)

Obs.: En el presente supuesto de ejecución de la sentencia de divorcio contencioso de primera instancia, pendiente de resolución final en la apelación, el Juzgado de Instancia deniega la solicitud de ejecución por falta de competencia judicial internacional. El motivo de la denegación es que el menor se encuentra en Rusia, procediendo iniciar el procedimiento de restitución acorde a lo establecido en el art. 26 del Convenio de La Haya. El auto de la Audiencia Provincial de Álava estima el recurso contra dicha resolución. En su argumentación destaca que no nos encontramos ante un procedimiento de restitución de menor por sustracción internacional de menores, sino ante unos autos de ejecución de resolución judicial de concesión de la guarda y custodia al padre. Por ello, en cumplimiento del art. 776 LEC, lo que procede, tras la solicitud de ejecución por parte de este, es el requerimiento a la madre para que la misma cumpla voluntariamente el contenido del auto dictado que otorga la guarda y custodia del menor al padre y proceda a la entrega del menor al demandante en el procedimiento de ejecución. Ante la alegación de la madre de que no ha podido llevar a término la entrega del menor por motivos de la pandemia, se afirma que la misma puede perfectamente poner el menor a disposición de la Administración de Justicia española, toda vez que, cumplidos por este los 14 años de edad, se permiten excepciones debidamente justificadas a las medidas restrictivas derivadas de la pandemia, excepciones dentro de las que se encuentran la necesidad de ejecución de la resolución judicial de primera instancia. Ante el suplico de la demanda de ejecución en la que se solicitan diversas medidas de cumplimiento forzoso se insta a la ejecución voluntaria, y se concluye que solo en el supuesto de que esta se incumpla se decidirá por los concretos actos de ejecución que sean necesarios para el cumplimiento forzoso, bien sean todos, algunos u otros de los solicitados por el ejecutante (L.A.P.M.).

183. MARCO JURÍDICO DEL PERIODO TRANSITORIO DEL BREXIT: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 2201/2003 DE 27 NOVIEMBRE 2003, O DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 OCTUBRE 1996 AL SUPUESTO ENJUICIADO (SAP Lugo 1ª 12 mayo 2021)

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado. Universitat de València.

184. LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA PARENTAL ESTÁN CONCEBIDAS EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, Y EN PARTICULAR EN FUNCIÓN DEL CRITERIO DE PROXIMIDAD (AAP CÓRDOBA 1ª 20 MAYO 2021)

185. CAMBIO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA Y VISITAS DE UN MENOR COMO MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS SUPERIOR, PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES CON SU PADRE (SAP Vitoria-Gasteiz 1ª 20 mayo 2021)

Observaciones: El 20 mayo 2021 la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección I, desestimó un recurso de apelación en un procedimiento sobre un divorcio contencioso y el establecimiento de las medidas oportunas. Como elemento esencial, la sentencia aborda el cambio del régimen de custodia y visitas de un menor como manifestación de su interés superior, para así asegurar el mantenimiento de las relaciones con su padre, impedidas durante casi tres años por la madre, aparentemente, por haber trasladado ésta ilícitamente a varias localizaciones desconocidas por el padre; medida acompañada por la prohibición de salida del territorio español de la madre con el hijo durante los periodos de ejercicio del derecho de visitas, fruto de sus actuaciones anteriores.

En concreto, el recurso de apelación se plantea contra la sentencia n.º 217/20 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz. Esta sentencia acuerda la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. Constanza y D. Jesús Carlos. Asimismo, acuerda las medidas que deben regir entre los mismos y su hijo menor de edad. Las medidas más relevantes para la apelación son las siguientes: 1) la atribución de la guarda y custodia del hijo menor común al padre, manteniendo compartido el ejercicio de la patria potestad sobre él; 2) la fijación de un régimen de visita, vacaciones y relación para con la progenitora no custodia; 3) la ratificación de la ilicitud del traslado a Rusia del menor y su retención por su padre; 4) la prohibición de que el menor salga del territorio nacional con su madre, salvo autorización judicial; 5) la fijación de alimentos en favor del hijo menor a cargo por parte de la madre; 6) y la distribución de los gastos extraordinarios.

Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de la madre, Dª. Constanza, en el que planteó un

“... óbice procesal inicial de tramitación con vulneración del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el principio de contradicción y el de igualdad de armas, y pretendiendo que la sentencia que recurría se tradujera al ruso. Y, a continuación, alego: 1º.- Incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. 2º.- Inviabilidad del derecho de visitas acordado y de la prohibición de salida del territorio nacional. 3º.- Infracción de los arts. 142 y siguientes, por falta de proporcionalidad de los alimentos a cargo de doña Constanza. 4º.- Infracción del art. 97 del Código Civil, al no fijarse una pensión compensatoria” (F.J.1).

El presente comentario se centrará, a continuación, en las tres cuestiones centrales de interés para el caso: la no traducción de la sentencia a ruso como vulneración del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva (ap. 4); la alegada incorrecta aplicación del principio de protección del menor (ap. 5); y la alegada inviabilidad del derecho de visitas acordado y la prohibición de salida del territorio nacional (ap. 6).

La primera pretensión del recurso de apelación consiste en la vulneración del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el principio de contradicción y el de igualdad de armas, debido a la no traducción al ruso de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Esta petición de la apelante se remonta a Primera instancia, en la que ya se había sustanciado un incidente a petición de la representación de doña Constanza, que culminó en una diligencia de la Letrada responsable denegando esa petición ya que ninguno de los documentos previos se había traducido al ruso y no se había causado indefensión. Dicha diligencia fue recurrida en reposición, no obstante, la Letrada dictó un decreto desestimando el recurso. La AP concluye que, como posteriormente no se interpuso recurso de revisión, el decreto es firme, por lo que la cuestión no es susceptible de ser reproducida en segunda instancia, en virtud del art. 454 bis LEC.

A mayor abundamiento, para contraargumentar la presunta vulneración de derechos fundamentales por el hecho de no traducirse la sentencia al ruso, la AP señala que de las actuaciones consta un acta notarial en la que doña Constanza manifiesta conocer y entender perfectamente el idioma español. Además, recuerda que el idioma del procedimiento es el castellano o español. Culmina su argumentación citando al art. 231 LOPJ, y la doctrina constitucional de las sentencias STC 82/1986, de 26 de junio y la STC 31/2010, de 28 de junio, y que, en definitiva,

“... dentro del ámbito de las garantías que establece el art. 24 CE, siempre en cuanto a este concreto procedimiento afecta, no se encuentra la de que desde el órgano judicial se proceda a traducir la sentencia al idioma utilizado por doña Constanza, quien, además de entender el castellano viene siendo asistida legalmente durante todo el procedimiento...”.

En segundo lugar, la apelante alega la incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. Hubiera sido interesante para el estudio del caso en la sentencia se reprodujeran los argumentos citados por la madre, no obstante, nos conformamos con analizar la línea de razonamiento del Tribunal. En concreto, se discute el cambio del régimen de custodia y visita de la menor del procedimiento de instancia, en el que el padre solicita la atribución de la guarda y custodia del hijo común menor en base a un incumplimiento reiterado del régimen de visitas del padre y una obstaculización del régimen de relación con él por parte de la madre, en base a el art. 776.3º LEC.

Como no podía ser de otra forma, la AP sitúa al interés superior del menor como principio fundamental para decidir sobre el motivo de apelación, esto es, la elección del régimen de custodia más favorable para el menor. Para ello, cita una sentencia esgrimida por la representación del padre, la sentencia del Pleno de la Sala Primera, la STS 823/2012, de 31 enero 2013:

“Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ...”.

Continuando con la citada sentencia del TS, la AP centra su argumentación en el art. 776.3º LEC. En efecto, este precepto es relevante para la determinación de los derechos y deberes de las partes para posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio; y por tanto, garantizar el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia recogido en el art. 39 CE. En particular, como elemento fundamental del caso, la STS 823/2012 recalca que la posibilidad de modificar la medida acordada forma parte de este principio, pero no como sanción al progenitor infractor, sino como una circunstancia más que se debe valorar el cambio de régimen. Y, en definitiva, que “[l]o que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre”.

Llegados a este punto, se habla del derecho a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 del CEDH y a su jurisprudencia del TEDH en la materia, recordando que constituye una violación de este derecho el impedir que los padres se relacionen con sus hijos.

Una vez realizada esta aproximación general, la AP pasa a estudiar el supuesto concreto, recalcando que ha de ser valorado desde la perspectiva de las medidas que regulan los efectos de la sentencia de divorcio de conformidad con el art. 91 Cc, y no como la mera modificación de las medidas previamente adoptadas.

Principalmente, el Tribunal se basa en dos cuestiones. En primer lugar, y como hecho fundamental, se considera acreditado que la madre ha impedido de forma consciente y voluntaria la relación del hijo con el padre, pese a los reiterados requerimientos judiciales. Hasta el punto de que está documentado que el hijo no ve a su padre desde hace casi tres años, y desde entonces la relación es nula por exclusiva voluntad de la madre, la cual ha evitado revelar el paradero del menor. Por tanto, se le ha privado al menor preadolescente de su figura paterna. En segundo lugar, el Tribunal hace referencia al aspecto temporal, ya que se trata de un procedimiento que en el momento de la apelación ya duraba más de seis años desde la presentación de la demanda de divorcio. Ya que se menciona este extremo, quizá el Tribunal podría haber hecho referencia a la afectación del paso del tiempo en los menores de edad.

Ahora bien, llegados a este punto, la AP continúa argumentando añadiendo dos razonamientos escasamente justificados, que quizá debería haber desarrollado más, o por el contrario, no haberlos mencionado.

Un dato adicional empleado por la AP es que parece que la madre ha entregado la guarda y custodia del menor a sus abuelos maternos, y por tanto, “Con ello no se facilita el mantenimiento de relaciones positivas de parentalidad, ni se vela por el interés del menor en crecer y desarrollarse, al margen de la situación de divorcio, de forma adecuada”. Seguramente este punto, de considerarse relevante para resolver el caso, debiera haberse ampliado, ya que no parece razonable afirmar, con carácter general, que el cuidado de los abuelos sea perjudicial para un menor. Mas bien, parece que el elemento trascendental del caso, mencionado anteriormente, es el incumplimiento del régimen por parte de la madre y el hecho de impedir la relación del padre con el hijo.

Seguidamente, de forma un tanto imprecisa, la AP señala que “Y, ponderamos que los efectos que pudieran acompañar a ese cambio de guarda y custodia en el ámbito personal, con 13 años de edad, se compensan de forma adecuada con las ventajas que ofrece la residencia en el Estado español y su sistema de protección”. Tampoco este argumento, sin ser precisado, parece ser apropiado, puesto que en ningún momento se detalla como beneficiaría en el caso concreto el sistema de protección español al menor. Parece una afirmación, cuanto menos, poco acertada, puesto que, de nuevo, como se ha señalado en el párrafo anterior, parece que el elemento central del caso es el incumplimiento del régimen de custodia y visitas por parte de la madre.

Para terminar, la AP no considera necesario citar los informes técnicos que obran en autos favorables a que el padre asuma la guarda y custodia. Quizá no hubiera estado de más hacer referencia a ellos, para poder justificar adecuadamente la valoración del principio del interés superior del menor en el caso concreto.

En tercer lugar, se alega la inviabilidad del derecho de visitas acordado y de la prohibición de salida del territorio nacional. La AP rechaza este motivo ya que no se ha acreditado la precaria situación económica que alega la madre. Por su parte, la medida relativa a la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial se considera pertinente en atención a las circunstancias valoradas al determinar la guarda y custodia, en concreto, la ruptura unilateral por parte de la madre de las relaciones del padre con el hijo, y la posibilidad real de que esto pueda volver a ocurrir. Aunque no lo menciona de forma expresa la Sentencia, parece evidente que se trata de una medida preventiva, muy adecuada en el supuesto analizado, para desincentivar a la madre de incurrir en un supuesto de sustracción internacional de menores, que aunque no se señala expresamente, de la lectura del texto se infiere que ha sido la técnica utilizada por la madre para evitar el contacto entre el padre y el hijo.

Como valoración final, este caso es un ejemplo más de la complejidad de los conflictos familiares con carácter transfronterizo, en el que, de la lectura evidente del caso, la madre se ha trasladado junto con el menor a varios Estados, sin revelar su localización, incumpliendo el régimen de custodia y visitas e impidiendo la relación del padre con su hijo. En un procedimiento de divorcio con una duración mayor a seis años, finalmente se otorga la custodia del hijo al padre,

con un régimen de visitas en favor de la madre, acompañado de una prohibición de salida del territorio español, como una medida preventiva más que justificada para evitar nuevos intentos de la madre de sustraer ilícitamente al menor en otro Estado.

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN *

186. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL LUGAR DE LA RESIDENCIA HABITUAL UNO DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD, CUANDO EL MENOR RESIDA EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO QUE NO SEA PARTE DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 OCTUBRE 1996 (AAP Vitoria 1ª 3 junio 2021)

187. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II EN CUESTIONES RELATIVAS LA RESPONSABILIDAD PARENTAL AUNQUE EL MENOR TENGA SU RESIDENCIA HABITUAL EN CHILE (SAP Granada 5ª 14 junio 2021)

188. LA REALIDAD QUE SUBYACE ES QUE SE INTENTA CONTRARIAR LA RAZÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE EL RETORNO DEL MENOR, INTENTANDO SUJETARLO Y VINCULARLO IMPROPIAMENTE A UNA CUESTIÓN DE FONDO (SAP Pontevedra 3ª 14 junio 2021)

189. PROCEDE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A FRANCIA, AL CONSIDERAR QUE CONCURREN LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980 Y POR EL REGLAMENTO 2201/2003, DE LA UNIÓN EUROPEA (SAP Málaga 6ª 17 junio 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de menor a Francia, residiendo los progenitores en Francia con el menor e iniciado el procedimiento de divorcio, tras conocerse el 18 noviembre 2019 que la decisión sobre la custodia se dictaría el 9 diciembre 2019, el padre trasladó al menor a España sin el consentimiento de la madre. La madre inició el procedimiento de restitución el 14 febrero 2020. Tras esto la autoridad judicial francesa dictó auto de fecha 25 mayo 2020 de carácter provisional en el que se establece fijar la residencia del menor en el domicilio del padre, en dicho momento en España. Tras este auto el Abogado del Estado desiste de la acción, dictándose auto de desistimiento el 17 noviembre 2020. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Burdeos dictó sentencia definitiva el 14 enero 2021 en la que se revoca el auto provisional y se concede con carácter definitivo la custodia a la madre y se fija como residencia del menor la de la madre, en Francia, sin perjuicio del régimen de visitas que se deba acordar. Esta segunda sentencia provocó la nueva demanda de restitución del Abogado del Estado. Tras esta segunda demanda la resolución de primera instancia desestima la petición, toda vez que afirma que estamos ante uno de los supuestos del art. 10 Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 bis para la modificación de la residencia habitual inicial del menor, toda vez que la madre desistió del procedimiento inicial y transcurrió más de un año desde el traslado del menor sin que la madre iniciase el procedimiento. Pasado este año, y con el menor integrado en España, escolarizado y con buenos cuidados por parte del padre, no procede su restitución por darse una de las causas para ello del citado precepto. La resolución de apelación revoca la de instancia, toda vez que el cambio de residencia habitual del menor previsto en el citado art. 10 debe interpretarse de forma restrictiva, y únicamente cuando se cumplan algunas de las cuatro condiciones del ap. b del art. 10 previstas en los apartados i a la iv, y en este supuesto no se cumplen. La madre sí presentó una demanda antes del año del traslado del menor. Solo desistió de la misma cuando se dictó auto provisional en el país de residencia del menor anterior al traslado, estableciendo su residencia en España, lo que provocaba el incumplimiento del requisito previo para el inicio de la acción. Sin embargo, cuando un auto de segunda instancia estableció la residencia del menor definitivamente en Francia reactivó la petición apenas dos meses después de la misma. Por ello la madre tampoco ha desistido de la acción, no se ha archivado la demanda y los tribunales del Estado de residencia del menor anterior al traslado han dictado auto en el que se confirma su residencia y con ello la procedencia de su restitución a dicho país. (L.A.P.M.).

190. SE RECHAZA COMO HECHO NUEVO, UNA RESOLUCIÓN DE UN TRIBUNAL POLACO QUE AL PARECER SE DECLARA COMPETENTE PARA CONOCER DEL ASUNTO, PERO SE HA APORTADO EN SU LENGUA ORIGINAL SIN ACOMPAÑAR TRADUCCIÓN AL CASTELLANO (SAP Huesca 1ª 23 junio 2021)

191. PROCEDE ESTABLECER COMO MEDIDA DE GARANTÍA SUSTITUIR LA PROHIBICIÓN DE SALIR LAS MENORES FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR LA OBLIGACIÓN DE LA MADRE DE PONER EN CONOCIMIENTO DEL PADRE LA INTENCIÓN DE VIAJAR CON ELLAS FUERA DEL MISMO (AAP Cuenca 1ª 29 junio 2021)

192. NO BASTA ALEGAR CARECER DE INTENCIÓN DE ABANDONAR EL PAÍS, SU ARRAIGO EN ESPAÑA Y LA INEXISTENCIA DE RIESGO PARA LA MENOR, PARA DEJAR SIN EFECTO LA PROHIBICIÓN DE SU SALIDA DEL TERRITORIO (AAP Valencia 10ª 19 julio 2021)

193. UN TRASLADO CON CAMBIO DE RESIDENCIA DE UN MENOR POR UNO DE LOS PROGENITORES A UN TERCER PAÍS SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO DEL OTRO PROGENITOR, CUANDO AMBOS SON COTITULARES DE LA POTESTAD PARENTAL, ES UN TRASLADO ILÍCITO (AAP Barcelona 18ª 22 julio 2021)

194. ANTE LA FALTA DE ACREDITACIÓN DE QUE LA RESIDENCIA DEL MENOR SE HALLE EN ESPAÑA DEBE SER DECLARADA LA FALTA DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA ORIGEN (AAP Barcelona 12ª 27 julio 2021)

195. RESTITUCIÓN DE LOS MENORES A ESTONIA AL INFRINGIRSE UN DERECHO DE CUSTODIA ADQUIRIDO POR MINISTERIO DE LA LEY QUE SE EJERCÍA DE FORMA EFECTIVA EN EL MOMENTO DEL TRASLADO (SAP Málaga 6ª 27 julio 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de dos menores a Estonia se discutía por parte de sus padres cuál era la residencia habitual de los mismos, que según la madre se encontraba en Estonia cuando el padre los trasladó ilícitamente a España y que según el padre se encontraba en España, por lo que no se ha producido traslado ilícito alguno. Quedó acreditado que la unidad familiar estaba formada por el demandado, de nacionalidad británica, la demandante, de nacionalidad Estonia y los hijos, nacidos en 2015 y 2017 en Inglaterra y con pasaporte inglés y estonio. La familia residió en España en 2017 y 2018 y está acreditado que entre octubre de 2019 y agosto de 2020 la madre vivió con los hijos en casa de sus padres en Estonia, trasladándose el padre en 4 o 5 ocasiones a Estonia para estar con los menores. Tras esto, entre agosto de 2020 y noviembre de 2021 la unidad familiar regresa a España, efectuando un viaje vacacional a Estambul durante los días 21 a 26 de noviembre y tras esto pasan las navidades en el Reino Unido junto a la familia paterna. Tras esto, desde enero 2021 hasta el 21 abril 2021 la madre y los niños vuelven a Estonia donde viven en un hotel, ya que en casa de los padres de la madre no había suficiente espacio para la convivencia de los cinco. Es en dicho momento, cuando el padre acude a una visita a Estonia y trae a los menores a España sin autorización de la madre. Dados estos hechos, se acredita que los menores no se encontraban en Estonia en un hotel únicamente de vacaciones, como alega el padre, sino que habían tenido varias estancias estables en el año anterior. Primero en casa de los abuelos maternos y después en el hotel. Tampoco se acredita que su residencia habitual sea España, como señala el padre. Lo que sí ha quedado probado es que en los dieciocho meses previos a su traslado los menores residieron en Estonia durante al menos catorce meses. Que en medio de ese periodo estuvieron tres meses en España, y que tras unas vacaciones en Estambul y en el Reino Unido, volvieron a Estonia donde estuvieron los cuatro meses previos a su traslado. Estos hechos, la propia discrepancia entre los padres sobre el lugar de la residencia habitual, y la admisión de que los menores fueron trasladados por el padre desde Estonia a España el 21 abril 2021 sin el acuerdo para ello de su madre acredita la existencia de los requisitos para que se considere la existencia de una sustracción internacional de menores según lo establecido en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y del art. 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003. Por ello se confirma la sentencia de instancia y la obligación de restitución de los menores a Estonia (L.A.P.M.).

196. NO SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE RESIDENCIA HABITUAL DE LA MENOR SINO UN TRASLADO A OTRO ESTADO CONSECUENCIA DE UN TRASLADO ILÍCITO POR LO QUE NO PUEDE CONSIDERARSE QUE SE HAYA PRODUCIDO UN CAMBIO EN LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (AAP Barcelona 12ª 28 julio 2021)

197. SE DECLARA LA ILICITUD DEL TRASLADO Y RETENCIÓN INTERNACIONAL EN RUMANÍA POR VULNERAR LAS NORMAS CONVENCIONALES Y DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLES (SAP Logroño 1ª 9 septiembre 2021)

Obs.: En el presente supuesto de declaración de ilicitud de traslado de un menor a Rumanía la Audiencia Provincial dictó una resolución, muy detallada y particularmente extensa para el uso común, en la que analizó todos los aspectos tratados en el procedimiento, tanto los de fondo sobre la restitución como los de forma en el procedimiento. En el supuesto, el menor nacido en 2015 reside en España con padre español y madre rumana, y tiene la doble nacionalidad. La guarda y custodia la ejerce la madre. El 27 marzo 2015 el padre emite un poder general y especial en favor de la madre en el que le otorga capacidad para fijar la residencia del menor. Posteriormente revoca este poder el 22 junio 2016. El 19 enero 2017 el padre inicia procedimiento judicial de guarda, custodia, visitas y alimentos. Tanto antes como después del procedimiento la madre realizó varios viajes a Rumanía con el menor. Está acreditado que el 6 marzo 2018 la madre realizó la revisión médica de los tres años del menor en Logroño. Tras esta fecha volvió a Rumanía con el menor, sin que este retornase a España, sin haber acordado con el padre este hecho. Vigente el proceso civil, en mayo de 2018 la madre interpuso denuncia contra el padre en el ámbito de la violencia de género. Este hecho provocó que el Juzgado de Violencia de Género nº 1 de Logroño, que incoó Diligencias Previas, asumiese también la competencia sobre el dictado de las medidas sobre el menor. Una vez sobreseídas las diligencias previas dictó resolución denegando la adopción de medidas cautelares penales contra el padre, y acordó medidas cautelares civiles en relación con el menor. Fija su residencia en España calificando de ilícita la retención del menor en Rumanía e impone a la madre la obligación de reintegrar al hijo común a España en un plazo máximo de dos meses y la prohibición de salida del territorio español del menor sin autorización expresa o escrita de ambos progenitores o, en su defecto, de autorización judicial. Tras un largo iter judicial la sentencia de segunda instancia confirma la declaración de ilicitud de la de primera instancia con una detallada argumentación sobre los hechos que hemos relatado, que la confirman y niega la alegada inexistencia de un error en la valoración de la prueba. En la resolución también desestima la alegación de falta de competencia internacional por la residencia del menor en España previa al traslado, la alegación de incongruencia omisiva de la resolución de instancia, y se declara la inexistencia de pérdida sobrevinida de objeto por haberse dictado una resolución previa en Rumanía, toda vez que la misma tenía diferente objeto (L.A.P.M.).

198. NO HAY BASE OBJETIVA QUE JUSTIFIQUE LA PROHIBICIÓN DE SALIDA DE ESPAÑA DE DOS MENORES, PUES LA NACIONALIDAD ALEMANA DE LA MADRE Y DE LAS MENORES PERMITIRÁ LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN CASO DE QUE FUESE NECESARIA LA RESTITUCIÓN DE LAS MENORES A ESPAÑA (AAP A Coruña 6ª 13 septiembre 2021)

199. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA RESOLVER UN CONFLICTO DE PATRIA POTESTAD SURGIDO ENTRE LOS PROGENITORES ACERCA DE AUTORIZAR O NO LA SALIDA DE ECUADOR PARA VIAJAR A ESPAÑA DEL HIJO MENOR Y REUNIRSE CON SUS PADRES Y HERMANO (AAP Valencia 10ª 20 septiembre 2021)

200. UN JUEZ ACUERDA INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL DE MONTILLA (CÓRDOBA) EL NACIMIENTO DE UNA MENOR EXTRANJERA DE 19 MESES QUE NO FUE INSCRITA AL NACER EN SU PAÍS DE ORIGEN (AJPI Montilla nº 2 18 octubre 2021)

201. PROCEDE OTORGAR LA CUSTODIA MATERNA A UNA MENOR, HIJA DE PADRES SENEGALESES, PUES EL PADRE PLANTEA LA EDUCACIÓN DE LA NIÑA DESDE UNOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, QUE NO SON BENEFICIOSOS PARA SU DESARROLLO (SAP Madrid 24 19 octubre 2021)

202. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PORQUE NI EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA EN RUSIA NI EN OTRA POSTERIOR SE ADOPTAN MEDIDAS EN RELACIÓN AL HIJO MENOR (AAP Barcelona 12ª 29 octubre 2021)

203. LA NO RESTITUCIÓN DE LA MENOR HA DE CONSIDERARSE JUSTIFICADA POR UNA PLURALIDAD DE RAZONES OBJETIVAS QUE OBEDECEN AL INTERÉS SUPERIOR DE LA MISMA (SAP Sevilla 2ª 5 noviembre 2021)

204. PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL MENOR DE TERRITORIO NACIONAL, SALVO AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA; Y DE EXPEDICIÓN DE PASAPORTE DEL MENOR O RETIRADA DEL MISMO SI YA SE HUBIERA EXPEDIDO (SAP Salamanca 1ª 19 noviembre 2021)

205. EN LA ACTUALIDAD LA MENOR RESIDE Y ESTÁ EMPADRONADA EN POLONIA POR LO QUE, SEGÚN EL REGLAMENTO BRUSELAS II, LOS TRIBUNALES DE DICHO PAÍS SERÁN LOS COMPETENTES PARA CONOCER DE CUALESQUIERA PRETENSIONES (AAP 10ª 25 noviembre 2021)

206. PROCEDE ACORDAR EL RETORNO Y LA RESTITUCIÓN DE LA MENOR A SU RESIDENCIA HABITUAL EN DINAMARCA LA PUES CUSTODIA DE LA NIETA ERA EJERCIDA DE MANERA EFECTIVA POR LOS ABUELOS MATERNOS TRAS EL FALLECIMIENTO DE LA MADRE (SAP Girona 2ª 13 diciembre 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de una menor a Dinamarca, el tribunal analiza el concepto de custodia de hecho o por ministerio de la Ley de esta, regulado en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y el 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003. En el supuesto se produce un conflicto entre el padre de la menor y los abuelos maternos de una niña nacida en Dinamarca y con nacionalidad danesa. El padre tuvo poco contacto con la menor desde el verano de 2016 hasta el año 2020 mientras se encontraba privado de libertad. La madre enferma en febrero de 2018 y se traslada a Dinamarca donde vive con sus padres y la menor, teniendo esta una breve relación con su padre en el verano de 2020. La madre falleció el 19 mayo 2021 con un testamento tutelar en el que expresaba su deseo de que la custodia de la menor la tuviesen los abuelos maternos. El 17 junio 2021 los abuelos maternos iniciaron procedimiento de solicitud de atribución de la patria potestad de la menor en Dinamarca, que finalmente se la otorgó mediante resolución de 22 julio 2021. Vigente el procedimiento, y previa a ser dictada la resolución, los abuelos concertaron con el padre que la menor viajase a España para pasar parte de las vacaciones con él y tras esto volviese a Dinamarca. La niña viajó el 27 junio 2021 con billetes de vuelta el 22 de julio. El 1 de agosto el padre comunica a los abuelos que la niña no va a regresar. Tanto la resolución de instancia como la de la Audiencia Provincial consideran que estamos ante un supuesto de ejercicio de la custodia efectiva de la menor por parte de los abuelos maternos, y que, tras ella, y en el curso de la situación conflictiva con el padre, se convertiría en guarda y custodia por resolución judicial. El acuerdo con el padre hace lícito el traslado de la menor, pero la decisión unilateral de este de retenerla convierte la retención en ilícita a tenor de lo establecido tanto por el Convenio de La Haya como por el Reglamento Bruselas II bis. La finalidad de ambos instrumentos jurídicos es la restitución de los menores al lugar de residencia previo al traslado, y ante la misma no pueden prosperar las alegaciones del padre ni de la existencia de un riesgo físico de la menor en caso de viaje a Dinamarca, que no se acredita, ni el hecho de que desde que se negó al retorno la niña haya estado escolarizada y bien cuidada, lo que se presupone. En una niña de 8 años su voluntad es permeable, y su interés superior de protección aconseja, acorde al contenido de los citados textos legales, su vuelta al lugar de residencia previo al traslado y posterior no retorno, y que sea en ese Estado en el que se decida sobre la guarda y custodia y régimen de visita futuros de la menor. Por ello se ordena el retorno de la menor a Dinamarca. (L.A.P.M.)

207. EN EL PRESENTE CASO NO HAY EL MÁS MÍNIMO INDICIO, MÁS ALLÁ DEL TEMOR GENÉRICO DE LA MADRE A QUE EL PADRE DE NACIONALIDAD PARAGUAYA SE LLEVE A LA NIÑA A SU PAÍS DE ORIGEN CON VOLUNTAD DE NO RESTITUIRLA (SAP Lugo 1^a 13 enero 2022)

208. LA SENTENCIA NORTEAMERICANA NO ESTABLECIÓ CONDICIONES PARA EL RETORNO, AL NO APRECIAR RIESGO GRAVE DEL ART. 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EXPRESÓ SIMPLEMENTE LA CONFIANZA DE QUE EL TRIBUNAL ESPAÑOL APRECIARÍA LAS IMPLICACIONES DE LOS HECHOS (SAP Barcelona 18^a 17 enero 2022)

209. ES INNEGABLE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO ANTE EL QUE SE PRESENTÓ LA DEMANDA SOBRE ESTABLECIMIENTO DE VISITAS TANTO CONFORME A LA LEGISLACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA COMO AL ART. 8 DEL REGLAMENTO 2201/2003 (SAP Valladolid 1^a 3 marzo 2022)

210. DADA LA NACIONALIDAD CHINA DE AMBOS LITIGANTES, DONDE CONTRAJERON MATRIMONIO, DEBE EXAMINARSE DE OFICIO LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE A CADA UNA DE LAS MEDIDAS DISCUTIDAS (SAP Madrid 24^a 16 marzo 2022)

211. EL DEMANDANTE SOSTIENE EN SU DEMANDA QUE LA MENOR HA SIDO OBJETO DE UN TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITO A RUMANÍA, PERO NO ACREDITA DOCUMENTALMENTE TAL CIRCUNSTANCIA (AAP 10^a 31 mayo 2022)

212. LA SAP LLEIDA INCORPORA UN EXTENSO PLANTEAMIENTO DOCTRINAL EN ORDEN A LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UNA DEMANDA DE GUARDA Y CUSTODIA Y ALIMENTOS DEL HIJO MENOR DE AMBAS PARTES (SAP Lleida 2^a 5 abril 2022)

213. EL MENOR TIENE LA RESIDENCIA HABITUAL EN ALEMANIA POR LO QUE RESULTA QUE LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE RIGE POR LA LEY DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO (SAP Palma de Mallorca 4^a 26 abril 2022)

214. LA AP DE BARCELONA CONFIRMA EL PRONUNCIAMIENTO QUE DECLARA EL TRASLADO ILÍCITO Y QUE ORDENA EL RETORNO DE LA MENOR AL REINO UNIDO ACOMPAÑADA POR LA MADRE ESTABLECIENDO UN PLAZO MÁXIMO DE UN MES PARA LLEVAR A CABO EL RETORNO (SAP Barcelona 18^a 15 julio 2022)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de una menor a Reino Unido se produce una situación especialmente delicada en la que se cuestiona la existencia de un grave riesgo para la misma. Estamos ante una niña nacida en 2017 en Londres de padre irlandés y madre española que reside en la ciudad británica donde está escolarizada e integrada. En octubre de 2021 la madre viaja con la niña a España para volver el primero de noviembre. La madre comunica al padre el día 28 de noviembre que la niña no volverá a Londres por haber referido abusos sexuales e interpone una denuncia por estos hechos (la niña había manifestado que el padre “le metía el dedo en el culito”). La madre relata un proceso de asesoramiento y angustia, tanto de la niña como de ella en la gestión de esta situación. El padre niega todas las acusaciones de la madre respecto a este abuso sexual. Se analiza en el supuesto si se cumple una de las causas que el art. 13 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 establece para la no restitución, la existencia de un grave riesgo para la menor o que se le ponga en una situación intolerable. Para interpretar el riesgo que sufre la niña tanto el Tribunal de instancia como el de apelación afirman que se debe contemplar a futuro en el momento en el que se produzca este traslado según una situación objetiva que el Tribunal pueda valorar. En el procedimiento las pruebas del abuso son todas aportadas por la madre, sin una objetivación de un tercero. Las denuncias penales no han tenido recorrido y tampoco hay informe psicológico alguno en el procedimiento sobre la situación de la menor, ni siquiera privado. Tampoco se ha pedido una intervención psicológica pericial del órgano judicial. Se probó una vinculación con el servicio de abusos de un hospital, pero la primera visita de la niña no se realizó hasta junio de 2022, cuando la niña fue retenida en noviembre de 2021. Tampoco se aportó ningún informe del citado servicio. Las excepciones del art. 13 se han

de analizar restrictivamente como lo que son, excepciones a la finalidad esencial del Convenio, la devolución de la menor. Por todo ello procede confirmar en segunda instancia la resolución de la primera instancia que acordaba la restitución de la menor. En todo caso, la resolución admite expresamente que el hecho alegado, de ser cierto, entrañaría sin duda una situación de grave riesgo que justificaría la denegación de restitución de la niña, salvo que existieran garantías de adopción de medidas de protección en el Estado de su residencia habitual. Por ello, aplicando el contenido del art. 11 Convenio de la Haya 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 que establece que en caso de urgencia las autoridades del Estado en el que se encuentre el niño pueden acordar las medidas de protección necesarias para su interés, tras ordenar la restitución en un plazo no superior a un mes, acuerda, que hasta que por los Tribunales competentes adopten medidas sobre la situación de la menor, esta quede bajo la guarda y cuidado de La madre en Londres, sin contacto o visita directa entre el padre y la hija. La madre podrá solicitar vivir con la hija en la vivienda familiar de la que deberá marchar el padre pues este ha ofrecido cederle el uso. Se mantienen los contactos por video conferencia o telefónicos con el padre acordados en la sentencia de instancia una vez madre e hija se encuentren en Londres. Las medidas cautelares o de urgencia adoptadas estarán vigentes y serán efectivas hasta que sean sustituidas por las medidas que se adopten por el tribunal competente (L.A.P.M).

NACIONALIDAD

215. SE DESCARTA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR PRESUNCIÓN COMO REMEDIO DE LA APATRIDIA PARA LOS NACIDOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL, CUANDO ESPAÑA ADMINISTRABA EL TERRITORIO (SAP Navarra 3ª 28 mayo 2021)

216. ABSOLUTA FALTA DE PRUEBA DE LA POSESIÓN Y UTILIZACIÓN CONTINUADA POR EL ACTOR DURANTE DIEZ AÑOS DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN BASE A LO DISPUESTO EN EL ART. 18 CC (SAP Bilbao 5ª 9 junio 2021)

217. PARA LA OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ESTAR O HABER ESTADO SUJETO A LA PATRIA POTESTAD DE UN ESPAÑOL ES NECESARIA LA CONSTANCIA DE TAL HECHO (SAP Madrid 9ª 24 junio 2021)

218. EL ACTOR NO HA SIDO TITULAR DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA, NI PUEDE CONSIDERARSE QUE CON ÉL RESPECTO DE OTROS SAHARAUIS, SE LE DÉ UN TRATO DISCRIMINATORIO VULNERADOR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ART. 14 CE (SAP Bilbao 5ª 2 julio 2021)

219. EL TERRITORIO DEL SAHARA NO PUEDE SER CONSIDERADO COMO TERRITORIO NACIONAL CON ANTERIORIDAD AL AÑO 1975 A LOS EFECTOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE NACIONALIDAD ENTONCES VIGENTES (SAP Santander 2ª 28 septiembre 2021)

220. SE DESESTIMA LA PRETENSIÓN INSTADA POR LA MADRE, CON LA OPOSICIÓN DEL PADRE, AMBOS ARGELINOS, DE QUE SE AUTORICE LA NACIONALIZACIÓN DE LAS HIJAS MENORES DE AMBOS (AAP Guadalajara 1ª 30 septiembre 2021)

221. EL TS REITERA: NO SON NACIONALES ESPAÑOLES DE ORIGEN DEL ART. 17.1º.c) DEL CÓDIGO CIVIL LOS NACIDOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL ANTES DE SU DESCOLONIZACIÓN (STS Civ 1ª 7 octubre 2021)

222. EL TS CONFIRMA QUE RESIDENCIA LEGAL QUE EXIGE EL ART. 22 CC PARA LA OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA, NO PUEDE SER UNA OBTENIDA DE FORMA FRAUDULENTA (STS CA 5ª 2 noviembre 2021)

223. DENEGACIÓN DE UN RECURSO DE CASACIÓN CONTRA UNA RESOLUCIÓN QUE ACORDÓ CONCEDER LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LA SOLICITANTE, POR EL HECHO DE HABER NACIDO EN EL SAHARA CUANDO ERA COLONIA ESPAÑOLA Y SER HIJA DE ESPAÑOLES (STS Civ 1ª 15 noviembre 2021)

224. DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON BASE EN EL ART. 18 CC, PORQUE NO ACREDITARON LOS REQUISITOS DE POSESIÓN Y UTILIZACIÓN CONTINUADA DE LA NACIONALIDAD (SAP Sevilla 6ª 16 noviembre 2021)

225. RECURSO CONTRA RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE LA NACIONALIDAD SOLICITADA POR EL ACTOR POR PARTE DEL CONSULADO ESPAÑOL EN LA HABANA (AAP Madrid 13ª 17 noviembre 2021)

226. EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA QUE EL REQUISITO DE INTEGRACIÓN PARA OBTENER LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEBE ADECUARSE EN EL CASO DE MUJERES MIGRANTES VULNERABLES Y CON ESCASA FORMACIÓN (STS CA 5ª 17 diciembre 2021)

227. APLICACIÓN EXTENSIVA DEL ART. 17.1º.C) CC RECONOCIENDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN POR RESPETO EL INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR Y PARA QUE NO PERMANEZCA EN EL LIMBO DE LA APATRIDIA (SAP Guipúzcoa 2ª 11 mayo 2022)

228. NO CORRESPONDE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA AL DEMANDANTE POR NO ACREDITAR QUE HAYA UTILIZADO DE MANERA CONTINUADA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DURANTE DIEZ AÑOS (SAP Madrid 20ª 11 marzo 2022)

229. DENEGACIÓN DE Y UNA SOLICITUD DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN, DE CONFORMIDAD CON EL APARTADO II DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE (SAP MADRID 9ª 14 MARZO 2022)

230. CUALQUIERA QUE SEA LA OPINIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE ESPAÑA COMO POTENCIA COLONIZADORA A LO LARGO DE TODA SU PRESENCIA EN EL SAHARA OCCIDENTAL, LO INDISCUTIBLE ES QUE NO PUEDE SER CONSIDERADO ESPAÑA A LOS EFECTOS DE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN CONTEMPLADA EN EL ART. 17.1º.C) CC (ATS Civ 1ª 11 mayo 2022)

231. RECONOCIMIENTO POR PRIMERA VEZ DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A UNA NIÑA NACIDA EN UNA PATERA CUANDO SE DIRIGÍA A LA COSTA GADITANA (SAP Guipúzcoa 2ª 11 mayo 2022)

232. DETERMINACIÓN DE SI EL TERRITORIO DEL SÁHARA TENÍA LA CONSIDERACIÓN DE “ESPAÑA” Y SI EL CONCEPTO “TERRITORIO ESPAÑOL” IMPLICARÍA ESA MISMA CONSIDERACIÓN A LOS EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Madrid 11ª 3 junio 2022)

233. LA CONCESIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA, LA SOLICITUD DEL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO, Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE APÁTRIDA DEBEN VENTILARSE EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO (SAP Madrid 9ª 30 junio 2022)

NOMBRE

234. LA ÚNICA DISCREPANCIA RADICA EN LA PÉRDIDA O NO DEL APELLIDO DE CASADA COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, DEBIENDO DE ESTARSE A LO DISPUESTO AL RESPECTO EN LA LEGISLACIÓN RUMANA (ART. 9.2º CC) (AAP Lleida 2ª 17 diciembre 2021)

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

235. EL TS CONSIDERA QUE NO SE HAN INFRINGIDO LOS ARTS. 7 DEL REGLAMENTO ROMA I, Y 5 Y 18 DEL REGLAMENTO ROMA II (ATS Civ 1ª 27 abril 2022)

PROCESO

236. EXAMINADA LA PETICIÓN DE PROCESO MONITORIO NO RESULTA ACREDITADO QUE LA OBLIGACIÓN O EL PAGO PRETENDIDO TENGAN QUE CUMPLIRSE EN POLONIA Y NO EN ESPAÑA, COMO REFIERE EL JUEZ A QUO (AAP Ciudad Real 2ª 11 junio 2021)

237. EL TS REvisa UNA SENTENCIA FIRME CON BASE EN LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTE DEL DEMANDANTE CONSISTENTE EN LA OCULTACIÓN DEL LUGAR DE RESIDENCIA DEL DEMANDADO (STS Civ 1ª 27 julio 2021)

238. LA DEMANDADA ES UNA MERCANTIL RUMANA POR LO QUE EL TRASLADO DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO DEBE REALIZARSE EN LOS TÉRMINOS SEÑALADOS EN EL REGLAMENTO (UE) 1393/2007 (SAP Murcia 1ª 6 septiembre 2021)

239. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA UNIDAD DE EMPRESA, EN EL SENTIDO DE QUE CUANDO LAS SOCIEDADES FORMAN PARTE DE UN GRUPO SE APRECIA UNA ESPECIE DE UNIDAD DE IMPUTACIÓN PARA PROCLAMAR LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE TODAS ELLAS, NO PUEDE SERVIR PARA JUSTIFICAR LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO (AAP Ourense 1ª 15 octubre 2021)

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE
DECISIONES EXTRANJERAS

240. SE ADOPTÓ EN SUIZA UNA 'RESOLUCIÓN', LA CUAL, ADEMÁS DE SER HOMOLOGABLE EN ESPAÑA COMO RESOLUCIÓN APROBATORIA DE UNA TRANSACCIÓN, TAMBIÉN DEBE TENERSE PRESENTE COMO 'ADAPTACIÓN' DE UN TÍTULO EXTRANJERO (AAP Palma de Mallorca 3ª 8 junio 2021)

241. EL ART. 54.4º LCJIMC SE ENCUENTRA REDACTADO DE UNA FORMA ABIERTA, PUESTO QUE NO EXIGE QUE SE APORTE UNA CERTIFICACIÓN DE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN CUYO RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA SE PRETENDE (AAP Barcelona 12ª 5 julio 2021)

242. LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA NO PUEDE SER OBJETO DE EJECUCIÓN HASTA QUE OBTIENE EL EXECUTUR POR LO QUE EL PLAZO DE CADUCIDAD DE 5 AÑOS DEBE COMPUTARSE TAMBIÉN DESDE EL AUTO QUE RECONOCE DICHA RESOLUCIÓN (AAP Málaga 7ª 15 julio 2021)

243. DE ACUERDO CON EL REGLAMENTO (CE) Nº 4/2009 Y EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE TÚNEZ Y ESPAÑA DE 24 SEPTIEMBRE 2001, EL TÍTULO BASE DE LA PRESENTE EJECUCIÓN ES EJECUTIVO, Y PRIMA SOBRE LOS DECRETOS Y CIRCULARES DE TÚNEZ (AAP Barcelona 18ª 16 julio 2021)

244. UN ACTO DE CONCILIACIÓN DE LA GERENCIA DE DESARROLLO HUMANO Y SOCIAL DE LA MUNICIPALIDAD DE RIMAC, PERÚ, ADOPTANDO UNA SERIE DE MEDIDAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA, NO ES SUSCEPTIBLE DE EXECUTUR (AAP Barcelona 12ª 21 septiembre 2021)

245. EL ART. 53 LCJIMA ES UNA NORMA IMPERATIVA Y EL JUZGADO NO PUEDE SUPLIR AQUELLO QUE CORRESPONDE A LA PARTE, COMO ES ADJUNTAR A LA DEMANDA LOS DOCUMENTOS MENCIONADOS EN EL REFERIDO PRECEPTO, PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO (AAP Vitoria 1ª 1 octubre 2021)

246. INADMISIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN SUDÁN AL NO APORTAR LA ACTORA LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN (AAP Granada 5ª 4 octubre 2021)

247. NO EXISTE PROCEDIMIENTO PENDIENTE ANTE EL TRIBUNAL DE BREMEN AL HABERSE RESUELTO YA EL PROCESO DE DIVORCIO, POR LO QUE NO PUEDE OPERAR EL CRITERIO GENERAL DE ACUMULACIÓN OBLIGATORIA (AAP Ourense 1ª 7 octubre 2021)

248. EL ART. 45.1º.B) REGLAMENTO BRUSELAS I NO DESCRIBE COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA EXTRANJERA LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE DICHA RESOLUCIÓN, SINO LA FALTA DE ENTREGA, EN LOS SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN SE HAYA DICTADO EN REBELDÍA (AAP Barcelona 16ª 26 octubre 2021)

249. EJECUCIÓN FORZOSA EN ESPAÑA DE UNA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA POR LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA UN ESPAÑOL (AAP Barcelona 19ª 4 noviembre 2021)

250. SE HAN CUMPLIDO LAS FORMALIDADES EXIGIDAS POR EL ART. 53 DEL REGLAMENTO (CE) 44/2001 PARA LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA BÚLGARA (AAP Málaga 5ª 15 diciembre 2021)

251. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA MERCANTIL DE LOMÉ (AAP Barcelona 11ª 11 enero 2022)

252. LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA DE SOLICITUD DE EXECUÁTUR ESTÁ BIEN ACORDADA, AL NO HABERSE APORTADO LOS DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO EN QUE SE DICTÓ LA SENTENCIA CUYO RECONOCIMIENTO SE POSTULA (STS Civ 1ª 14 marzo 2022)

253. DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL CUARTO TRIBUNAL LEGAL DE ALEPO (SIRIA) (AAP Valencia 10ª 9 mayo 2022)

REENVÍO

254. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LA SUCESIÓN, POR LA ADMISIÓN DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12. 2º CC, AL QUEDAR GARANTIZADA LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA Y CONSIDERAR QUE LA SUCESIÓN GUARDA UNA CONEXIÓN MÁS ESTRECHA CON LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO QUE CON LA DERIVADA DE LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE, A LA QUE REMITE EL ART. 9.8º Cc (SAP Málaga 4ª 8 junio 2021)

Observaciones: La admisión del reenvío ha vuelto a ser objeto de interpretación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, de 8 junio 2021, en la que se estima parcialmente una demanda declarando que, con arreglo al art. 9.8º Cc y 12.2º Cc, los hijos de la testadora, fallecida el 29 abril 2007, debían considerarse legitimarios de su madre, conforme al Derecho sucesorio español, a pesar de haber dejado todos sus bienes a su pareja sentimental, en virtud del Derecho británico, por ser la causante súbdita inglesa. Según el art. 9.8º Cc la entera sucesión de la causante debía regirse por la ley de su nacionalidad, de modo que los hijos no tenían derecho a legítima, pues el Derecho inglés se basa en la libertad de testar. Sin embargo, la AP de Málaga admite el reenvío en favor del Derecho español, ex art. 12.2º Cc, considerando a sus hijos legitimarios. Ahora bien, solo se les reconoce su derecho a recibir de la causante la legítima estricta.

La primera cuestión que debe abordarse es el Derecho aplicable a la sucesión de la difunta, y atendiendo a la fecha de fallecimiento se concluye la inaplicación del Reglamento 650/2012, que entró en vigor el 17 agosto 2012 (art. 84) y se aplica a la sucesión de las personas fallecidas el 17 agosto 2015 o después de esa fecha (art. 83.1º).

La segunda cuestión que debe solucionarse, una vez aclarado que las normas de conflicto europeas no pueden aplicarse al caso, es si puede entenderse que, *mutatis mutandis*, el reenvío estaba prohibido en este caso, por entenderse que había una elección de ley implícita en favor del Derecho de la nacionalidad del causante, en el sentido que se regula por la normativa europea sucesoria, ex art. 22 Reglamento sucesorio. Para dar solución a esta pregunta, la AP de Málaga recoge literalmente los argumentos de la última STS 18/2019, de 15 de enero, sobre la interpretación del reenvío, ex art. 12.2º CC, en el ámbito sucesorio. Aunque un sector doctrinal considere que existe una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento válido conforme a la misma, no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina del TS. Esta doctrina tiene su apoyo en un doble dato normativo, según la STS 18/2019: i) que el art. 9.8º CC no utiliza la autonomía de la voluntad como punto de conexión, de modo que no permite al causante elegir la ley que rige su sucesión, a diferencia de lo que sucede con el Reglamento 650/2012, en los términos de su art. 22, en virtud del cual se admite una *professio iuris* limitada a la ley nacional del causante en el momento de testar o en el momento de su fallecimiento; y ii) que el art. 12.2º CC no excluye el reenvío por el hecho de que el causante haya elegido la ley aplicable a su sucesión, a diferencia de lo que resulta de los arts. 34 y 22 del Reglamento 650/2012, según los cuales no se admite el reenvío si el testador hace uso de su *professio iuris*.

La tercera cuestión a solucionar, una vez argumentado que sí puede admitirse el reenvío en virtud del art. 9.8º CC, para determinar la ley aplicable a la sucesión de la súbdita británica, es si cabe en este supuesto concreto la admisión del reenvío de primer grado, en favor del Derecho español, conforme al art. 12.2º CC. El fundamento para admitir el reenvío en este supuesto es la salvaguarda del principio de la unidad de la sucesión, es decir, el Derecho aplicable a la sucesión debía ser el Derecho español pues con la admisión del reenvío no se producía un fraccionamiento legislativo.

El último domicilio de la causante radicaba en España (Benalmádena), por lo que la norma de conflicto remitía para la sucesión de sus bienes muebles al Derecho español. En cuanto a los bienes inmuebles objeto de la sucesión se encontraban todos en España, resultando irrelevante que pudiera tener otros en Reino Unido, pues como indica la STS 520/2019, de 8 de octubre, la unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa en España, por lo que aun en el caso de que hipotéticamente hubiera inmuebles situados en el extranjero, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles, dado que no se encuentran en la masa hereditaria litigiosa. El presente litigio se ocupa de la sucesión ordenada en el testamento, que expresamente se refiere a los bienes y derechos sitos en España. En consecuencia, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2º CC, "la unidad legal de la sucesión litigiosa en España queda garantizada mediante la aplicación de la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad de la causante", dado que la testadora residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario. Por las consideraciones expuestas la AP de Málaga procede aplicar la ley española a la sucesión de la difunta, y, por tanto, reconocer a los hijos recurrentes su condición de herederos forzosos. Por tanto, la Sentencia de la AP de Málaga sigue la doctrina jurisprudencial sobre reenvío en el ámbito sucesorio elaborada por el Tribunal Supremo, en aplicación de los arts. 9. 8º y 12. 2º CC.

Por último, la cuestión a solucionar es qué parte de legítima debía concederse a los hijos. Para la AP de Málaga, dado que la testadora menciona a sus hijos en el testamento como hijos nacidos de su matrimonio y, pese a ello legó sus bienes en España a su pareja sentimental para el caso de premoriencia, la legítima que les corresponde es la estricta o corta, es decir, 1/3 del haber hereditario, por aplicación del art. 813 CC, pues ciertamente, como razona la magistrada de instancia con cita de la STS 9 julio 2002, si la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue privar de todo a sus hijos, no se puede extender a una parte, es decir a la legítima larga, o 2/3 de la herencia, que corresponde a su libre disposición y que voluntariamente no les quiso atribuir.

Por tanto, a su pareja sentimental al que le había instituido heredero universal de todos los bienes radicados en España, se le tenía que reducir su adjudicación en lo que perjudicara simplemente a la legítima estricta de los hijos.

Como ha podido comprobarse la AP de Málaga sigue la interpretación consolidada del TS, que permite el reenvío dentro de ciertos límites y con carácter no obligatorio para el juez español. Por tanto, puede activarse el reenvío de primer grado cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos. En el ámbito sucesorio el principio inspirador de la norma de conflicto española es la unidad de ley, por lo que no debe aceptarse si provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”. La jurisprudencia española es unánime en este sentido: STS 15 noviembre 1996, STS 23 septiembre 2002, STS 12 enero 2015 y, la STS 5 diciembre 2018 y STS 8 octubre 2019.

En cuanto a los “índices positivos de reenvío”, hay que demostrar que el reenvío es útil, en el caso concreto, para producir resultados justos, pues la admisión del reenvío significa aplicar una ley distinta a la querida por el legislador español y, muchas veces, una ley distinta a la que el testador quería someter su sucesión. Se ignora el mandato material de la norma de conflicto, lo que supone defraudar no solo la voluntad de nuestro legislador sino la del propio causante, puesto que la admisión del reenvío hace “imprevisible” la Ley aplicable al supuesto. Por eso, se acude al reenvío como “ajuste de la localización”, por supuesto una vez comprobado que no se produce la violación del principio de unidad de ley aplicable a la sucesión. Cuando el art. 9.8º Cc conduce a la aplicación de la Ley de un país escasamente conectada con la situación jurídica, el reenvío, sirve para hacer aplicable la Ley española si es España el país más vinculado con dicha situación jurídica. Es justamente lo que aplica el TS en su sentencia 18/2019 para admitir el reenvío en favor del Derecho español cuyos argumentos son transcritos literalmente por la sentencia de la AP de Málaga: “en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2º Cc, es de aplicación a toda la sucesión la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes del caudal hereditario y las personas llamadas a la sucesión”.

Hay que señalar que la primacía del Derecho internacional privado europeo sobre el Derecho internacional privado español comporta que el art. 12.2º Cc presente, en la actualidad, un ámbito operativo muy reducido. Por eso a pesar de las críticas que pueden hacerse a la admisión del reenvío cuando el testador tiene la voluntad clara de organizar su sucesión conforme a un Derecho concreto o la paradoja de que el art. 12.2º Cc solo admita el reenvío en favor del Derecho español, pero no el reenvío de segundo grado o sucesivos, evidencia un interés claro con cierto “tufillo legefórista” que a nadie se le escapa. El verdadero problema lo vamos a encontrar en la aplicación del reenvío conforme al art. 34 Reglamento sucesorio. ¿Va a exigir el TS que no se produzca un fraccionamiento legislativo? No podemos olvidar que los principios de unidad y universalidad inspiran y vertebran también la reglamentación europea. Si el Reglamento sucesorio capacita a los ciudadanos para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a la misma, prohibiendo en este caso toda posibilidad del reenvío, ¿por qué sí lo admite cuando el causante quiere organizar su sucesión conforme a la ley de su residencia habitual? Según el Reglamento sucesorio, la elección se limita, conforme al art. 22 Reglamento sucesorio, a la ley del Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos. ¿Es que la ley de la última residencia habitual del causante no es la realmente conectada con la sucesión? En la AP de Málaga se admite el reenvío justamente porque la causante tiene su residencia habitual en España en el momento del fallecimiento, a pesar de ser nacional británica y haber hecho testamento conforme al Derecho inglés, señalando de forma expresa que la sucesión guarda “una conexión más estrecha” con la ley de su residencia habitual que con la derivada de la nacionalidad del causante.

En mi opinión el reenvío es un instrumento que, por un lado, dificulta la organización de las sucesiones a los ciudadanos previsores, porque puede llegar a frustrar sus expectativas e intereses; y que, por otro lado, incrementa la inseguridad jurídica y los costes conflictuales al alterar y complicar la aplicación de la norma de conflicto. Debería haberse eliminado por completo del Reglamento sucesorio, pero este es otro tema al que estoy segura de que nuestro TS tendrá que enfrentarse en un plazo muy breve.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ *

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

255. EN LA AUSENCIA DE PACTO SOBRE ELECCIÓN DE LA LEY PERSONAL APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEBE ATENDERSE A LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN TRAS LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO (SAP Santander 4ª 2 junio 2021)

256. SIENDO APLICABLE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 9.2º CC), Y NO HABIÉNDOSE OTORGADO POR LOS CÓNYUGES CAPITULACIONES MATRIMONIALES, EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ES EL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Valencia 10ª 21 julio 2021)

257. ACREDITADA QUE RESIDENCIA HABITUAL DEL MATRIMONIO INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE SU CELEBRACIÓN ESTÁ EN CATALUNYA, LA LEGISLACIÓN QUE SE APLICA PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO ES LA CATALANA (SAP Barcelona 18ª 16 septiembre 2021)

258. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO FORMADO DEL CAUSANTE NO ES EL DE COMUNIDAD DE BIENES, POR NO PREVERLO LA LEY INGLESA NI HABERSE ACREDITADO SU EXISTENCIA EN VIRTUD DE PACTO DE LOS CÓNYUGES (SAP Palma de Mallorca 3ª 28 septiembre 2021)

Observaciones: 1. En este caso, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca resuelve el recurso de apelación planteado contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Ibiza de 20 diciembre 2020. Los hechos objeto del litigio son los que a continuación se exponen de manera resumida. Se trata de un pleito sucesorio, en relación con el que la viuda del causante reclama que el único bien inmueble que aparece en la masa hereditaria le pertenece también a ella por el régimen de sociedad de gananciales aplicable a las relaciones patrimoniales de la pareja.

La cuestión principal que se analiza, por tanto, es el régimen económico del matrimonio. El juez a quo determina que la ley aplicable al respecto es el Derecho inglés, al tener los dos cónyuges nacionalidad británica (art. 9.2º CC), y, por esta razón, dictamina que el régimen económico matrimonial de la pareja es el de separación de bienes, considerando, en consecuencia, que el bien inmueble en conflicto es privativo del difunto. La viuda recurre la resolución ante la Audiencia Provincial. Este órgano de apelación confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en este punto.

2. Se trata, como vemos, de un matrimonio de ciudadanos ingleses que no otorgaron capitulaciones en ningún momento y respecto del cual, en la actualidad, con el esposo ya fallecido, se cuestiona si el único bien inmueble que aparece en la herencia le pertenece también a la esposa en virtud del régimen económico matrimonial aplicable.

3. Según indica la sentencia objeto de comentario, la fecha de celebración del matrimonio es el 1 marzo 2006. El Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), no resulta aplicable para determinar el ordenamiento rector del régimen económico del matrimonio, ello, porque las nupcias se han celebrado antes de la fecha de aplicabilidad de la norma, antes del 29 enero 2019 (FJ 2º). En este supuesto, la norma de conflicto que debe aplicar la autoridad española competente para conocer la ley rectora del régimen económico del matrimonio es el art. 9.2º Cc. Según este precepto, el ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los esposos es el de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración de las nupcias; la ley inglesa, en nuestro caso.

No hay controversia en este punto. Ambas partes en el litigio, la hija del primer matrimonio del difunto, que es la heredera universal por voluntad del causante, y la viuda del fallecido, están de acuerdo en que la ley aplicable es el Derecho inglés. Si bien, la viuda, que es la recurrente en apelación, se contradice en el recurso y en ocasiones alega el Derecho español. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca considera incontestado el hecho de que el Derecho aplicable es el inglés en virtud del art. 9.2º Cc y no admite que en apelación se pueda cambiar el ordenamiento en el que basar la pretensión aducida desde primera instancia (FJ 2º). También afirma que, al tratarse de Derecho extranjero, debería haber sido probado por las partes, por ambas, puesto que ambas alegan el mismo ordenamiento como el aplicable al caso, “y desde luego, tal prueba brilla por su ausencia” (FJ 2º).

4. En los ordenamientos que conviven en Reino Unido no existe una regulación de régimen económico matrimonial, de esta manera, los operadores jurídicos españoles, cuando tienen que aplicar Derecho inglés a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, asimilan las reglas inglesas al régimen de separación de bienes español. Así, los bienes inmuebles serán del esposo que los hubiera adquirido por cualquier título, y no del matrimonio. En este caso, por cierto, se aplica directamente el Derecho inglés sin analizar –no, al menos, expresamente– la remisión a ordenamientos plurilegislativos ad extra que efectúa la norma de conflicto española cuando indica que la ley rectora es la de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio (art. 12.5º Cc).

El Derecho inglés, por tanto, es el aplicable salvo que los cónyuges hubieran acordado que su régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales española, que podrían haberlo hecho en virtud del art. 9.3º Cc. Este precepto, como norma de conflicto materialmente orientada, ofrece una serie de leyes conforme a las que pueden ser válidos los pactos o capitulaciones matrimoniales hechos por los cónyuges. Entre esas leyes se encuentra la ley de la residencia habitual de la pareja en el momento del otorgamiento del pacto, la cual sería la española al fijar los esposos su residencia habitual en España después del matrimonio y no haberla modificado desde entonces. Sin embargo, no consta que haya habido capitulaciones matrimoniales ni pactos entre los cónyuges en este sentido.

5. La esposa apelante, no obstante, alega que ha habido manifestación de voluntad en este sentido por parte de los cónyuges. Y, como prueba de ello, alude a que el fallecido hizo constar en el Registro de la Propiedad que estaba casado en régimen de gananciales, no solo en relación con el inmueble litigioso sino, también, respecto de otros bienes adquiridos también por el difunto. En concreto, en la escritura de compraventa objeto de análisis se dice que el adquirente se encuentra casado en régimen de comunidad de bienes pero, a lo largo de del recurso, la viuda alega la aplicación de la ley española y el régimen de gananciales. Para la apelante ambos regímenes, el de sociedad de gananciales y el de comunidad de bienes, son lo mismo.

El Juzgado de Primera Instancia responde que estas alusiones no son más que meras manifestaciones que no tienen trascendencia jurídica, entre otras razones, porque el régimen económico matrimonial afecta a terceros y debe hacerse constar en documento público y dar publicidad del mismo (FJ 2º). Así es, en el ordenamiento español las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública (art. 1327 Cc). Sin embargo, partiendo del supuesto de que la manifestación de voluntad efectuada fuera pacto válido materialmente, los pactos también podrían ser válidos formalmente en España, sin necesidad de formalidad alguna, si lo fueran conforme al Derecho de la nacionalidad de los cónyuges (art. 11 Cc); Derecho inglés, en nuestro

caso. Habría que estudiar, por tanto, si conforme al Derecho inglés esta manifestación de voluntad podría ser considerada pacto válido formalmente y, si lo fuera, sería válido también en España y el órgano jurisdiccional nacional debería tenerlo en cuenta para determinar que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja es el de sociedad de gananciales española. Sin embargo, no es necesario llegar a este punto porque las manifestaciones de voluntad que aparecen en el Registro de la Propiedad son solo del adquirente del bien, no constituyen un pacto entre ambos cónyuges. Por ello, no existe la premisa necesaria para hablar de pactos o capitulaciones matrimoniales, cual es, que recojan la manifestación de voluntad común de ambos cónyuges.

6. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, además, indica que aparece en el Registro es una alusión a que el bien inmueble está sujeto al régimen económico matrimonial que sea aplicable (FJ 2º). Expresión esta última que se encuentra recogida en el art. 92 RH cuando prescribe que “Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare”. En este sentido, la DGSJyFP –antigua DGRN– permite que en la inscripción se indique de manera genérica que la propiedad del bien queda sujeta al régimen económico matrimonial –extranjero– correspondiente (RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496); Res. DGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825); RDGRN de 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423), pudiendo diferir al momento de la enajenación del inmueble la determinación del régimen económico matrimonial. En el Registro se hará la mención de la adquisición con sujeción a su régimen matrimonial y, con posterioridad, se fijará cuál es ese régimen económico matrimonial (Res. DGRN 7 marzo 2007 (RJ 2007\1576), RDGRN 5 marzo 2007 (RJ 2007\6141); RDGRN 3 enero 2003 (RJ 2003\2182); RDGRN 26 febrero 2008 (RJ 2008\2100); RDGRN 3 febrero 2014 (RJ 2014\1974); RDGSJyFP de 30 junio 2021 (RJ 2021\4156).

El problema que plantea en concreto el bien inmueble litigioso es que en la inscripción en el Registro de la Propiedad aparece lo siguiente: “Titular: Heraclio , NIE NUM001, Tarsila NIE NUM002, 100% del pleno dominio suj.regimeneconom.matrimon por título de compraventa”. Esto es, el adquirente, el difunto Heraclio, inscribe el bien a nombre suyo y de su entonces esposa Tarsila. El bien aparece inscrito bajo la titularidad de ambos, al 100% de pleno dominio. Existe una manifestación de voluntad de Heraclio de querer que el bien que ha adquirido sea, también, de su entonces esposa. Se observa una contradicción entre el hecho de que el bien se adquiriera al 100% de pleno dominio entre los esposos y, al mismo tiempo, quede sujeto al régimen económico matrimonial aplicable, que es el de separación de bienes. Lo coherente habría sido que el bien se hubiera adquirido por mitades por cada uno de los cónyuges.

En la Res. DGRN 1 marzo 2019 (RJ\2019\1423), precisamente, ocurre lo contrario, esto es, el régimen aplicable es el supletorio de comunidad de bienes francés y los cónyuges adquieren el inmueble por mitad y en proindiviso. En este supuesto, el centro directivo, sin embargo, consideró que “En el presente caso, la registradora reconoce en su calificación que el régimen económico-matrimonial legal supletorio en Francia es el de comunidad de adquisiciones, pero entiende que es incoherente que adquieran por mitad y *pro indiviso* (“salvo que su régimen económico fuera el de separación de bienes pactado en cuyo caso habría que acreditarlo”). Lo que ocurre es que resulta inequívocamente de la escritura calificada que los adquirentes no atribuyen carácter propio o privativo a sus respectivas cuotas adquiridas en un hipotético régimen de separación de bienes, por lo que ningún obstáculo existe para inscribirlas a nombre de cada uno de los cónyuges con sujeción a su régimen matrimonial”.

En nuestro caso se podría concluir lo mismo, esto es, se podría afirmar la voluntad del esposo de querer que el inmueble que adquiere sea de los dos cónyuges, sobre todo, teniendo en cuenta que afirma que está casado en régimen de comunidad de bienes. Y, si bien esta adquisición del 100% es incompatible con el régimen de separación de bienes aplicable, teniendo en cuenta esa voluntad del adquirente, se podría interpretar que, si el inmueble no puede ser de los dos

cónyuges como parte de la comunidad de bienes, porque esta no existe, sí, al menos, como parte al 50% de cada uno de ellos.

5. Por todo lo anterior, en el asunto se deja meridianamente claro que el Derecho rector del régimen económico matrimonial de la pareja es el inglés y, por ende, el régimen de separación de bienes. No obstante, en relación concretamente con el bien inmueble litigioso, el adquirente del mismo ha manifestado su voluntad de querer que la titularidad la tenga, también, su entonces esposa, ahora viuda y apelante. Por esta razón, aplicando el régimen de separación de bienes y teniendo en cuenta la voluntad del adquirente, se podría entender que el inmueble, que es privativo del esposo, por su voluntad lo ha adquirido también para su cónyuge, al 50% al no especificarse ningún otro porcentaje en la escritura. Y esa voluntad debería respetarse, sobre todo porque es la que tiene publicidad frente a terceros.

Por otro lado, sea como fuere, finalmente la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, respondiendo a la reconvencción planteada por la apelante en Primera Instancia, concluye que, si no por el régimen económico matrimonial, sí por la titularidad que aparece en la escritura, a la viuda le corresponde el 50% del pleno dominio del inmueble por prescripción adquisitiva o usucapión.

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO *

259. NO EXISTIENDO LEY COMÚN Y NO HABIÉNDOSE ELEGIDO LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO HABRÁ DE ESTARSE A LA LEY DEL LUGAR DE RESIDENCIA COMÚN INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL MATRIMONIO (SAP Barcelona 13ª 30 septiembre 2021)

260. NO ACREDITADO QUE SE HAYAN OTORGADO CAPITULACIONES POSTERIORES AL DIVORCIO, RESULTA IMPOSIBLE QUE LOS HOY LITIGANTES, DE NACIONALIDAD MARROQUÍ AL TIEMPO DE CONTRAER MATRIMONIO EN MARRUECOS, ESTÉN SUJETOS AL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS (SAP Madrid 24ª 30 septiembre 2021)

Observaciones: 1. En el caso objeto de comentario se interpone recurso de apelación frente a una sentencia del Tribunal de Primera Instancia nº 75 de Madrid, impugnando el inventario de bienes formado como consecuencia de la disolución del régimen económico de un matrimonio entre ciudadanos nacidos y casados en Marruecos.

Los cónyuges, ahora divorciados, residen de manera habitual en España. Ambos, también, se alega que han adquirido la nacionalidad española y han renunciado a la marroquí (FJ Segundo).

2. En el proceso en Primera Instancia, dice la Audiencia Provincial, no se puso de manifiesto el hecho de estar ante un caso con elemento de extranjería. De esta manera, no es hasta la apelación cuando se estudia el caso desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, analizando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la norma de conflicto aplicable para conocer el ordenamiento rector del caso.

3. Como muy bien dice la SAP, en cuanto a la competencia judicial internacional, es claro que los jueces españoles tienen foro para ser competentes en el caso (FJ 2º). Así es, en relación con el régimen económico matrimonial aplicable, el art. 22 quáter c) LOPJ indica que los tribunales españoles serán competentes, “En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid.

la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

No es aplicable, en este caso, el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), no porque el matrimonio se haya celebrado antes de la fecha de aplicabilidad de la norma –como dice la SAP– sino porque la demanda se ha interpuesto antes de esta fecha de aplicabilidad del 29 enero 2019. Efectivamente, esta fecha del 29 enero 2019 se debe tener en cuenta, respecto de la competencia judicial internacional, en relación con el momento de interposición de la demanda. De esta manera, los órganos jurisdiccionales, para saber si tienen foro para declararse competentes en relación con litigios relativos al régimen económico matrimonial, deberán aplicar el Reglamento 2016/1103 si se interpone la demanda después del 29 enero 2019 e independientemente de la fecha de celebración del matrimonio (art. 69).

4. En cuanto a la ley aplicable, una vez se ha determinado que los jueces españoles son competentes, aquí sí es correcto afirmar que el Reglamento europeo no es aplicable porque el matrimonio no se ha celebrado después del 29 enero 2019 (art. 69.3º). Según consta en la sentencia de apelación, las nupcias se celebraron el 26 marzo 1996. En este caso, por tanto, la norma de conflicto que debe utilizar el tribunal español es el art. 9.2º Cc. Según este precepto, la ley aplicable al régimen patrimonial de la pareja es la de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración del enlace.

En nuestro caso, por tanto, la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges es la marroquí. Y en Derecho marroquí no existe la sociedad de gananciales. No consta que los cónyuges hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, como, por otro lado, podrían haber hecho en virtud del art. 9.3º Cc conforme al Derecho español, ordenamiento de la residencia habitual de los esposos.

5. La conclusión anterior se mantiene aunque los cónyuges hayan cambiado de nacionalidad posteriormente (FJ 2). Así es, la primera conexión del art. 9.2º Cc es clara al respecto y soluciona el posible problema de conflicto móvil que podría plantearse de no dejar especificado que la nacionalidad de los cónyuges a tener en cuenta es la que tuvieran en el momento de celebración del matrimonio, y no otra. La ley de la nacionalidad común que los esposos tuvieran en el momento de celebración de las nupcias es la que se va a aplicar a los efectos económicos durante toda la duración del matrimonio y aunque cambien las circunstancias de la pareja. La ley aplicable al régimen económico matrimonial es inmutable, por tanto, pero puede modificarse por voluntad de los cónyuges a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que la pareja acuerde elegir válidamente otra ley reguladora de sus relaciones patrimoniales. Capitulaciones matrimoniales que no existen en este caso.

6. La AP sigue incidiendo, muy acertadamente, en cuestiones de Derecho Internacional Privado cuando dice que la norma de conflicto tiene carácter imperativo y debe ser aplicada de oficio por el operador jurídico (art. 12.6º Cc). Todo ello, para confirmar que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial del supuesto es el marroquí porque así lo indica la norma de conflicto aplicable –art. 9.2º Cc–.

7. Por otra parte, se alude al registro del único bien que se encuentra inscrito en España, en Madrid concretamente, para descartar también que, por esta vía, se pueda afirmar que el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales español y no el de separación de bienes marroquí. Dice la sentencia que el bien aparece inscrito sujeto al régimen económico matrimonial aplicable, sin determinar cuál es. Esta es una práctica habitual en los Registros. El art. 92 RH prescribe que “Cuando el régimen económico–matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación

de éste, si constare". En este sentido, la DGSJyFP –antigua DGRN– permite que en la inscripción se indique de manera genérica que la propiedad del bien queda sujeta al régimen económico matrimonial –extranjero– correspondiente (RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496); RDGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825); RDGRN de 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423), pudiendo diferir al momento de la enajenación del inmueble la determinación del régimen económico matrimonial. En el Registro se hará la mención de la adquisición con sujeción a su régimen matrimonial y, con posterioridad, se fijará cuál es ese régimen económico matrimonial (RDGRN 7 marzo 2007 (RJ 2007\1576), RDGRN 5 marzo 2007 (RJ 2007\6141); RDGRN 3 enero 2003 (RJ 2003\2182); RDGRN 26 febrero 2008 (RJ 2008\2100); RDGRN 3 febrero 2014 (RJ 2014\1974); RDGSJyFP de 30 junio 2021 (RJ 2021\4156).

8. La Audiencia Provincial de Madrid concluye con la nulidad de lo actuado en el momento de interposición de la demanda por solicitarse en ella algo imposible de dar, porque aplicando el Derecho marroquí es imposible que se pueda liquidar el régimen económico matrimonial como si fuera de gananciales siendo de separación de bienes.

Añade, también, que, en este caso, no se trata de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable y, como consecuencia de ello, de la aplicación del Derecho español en virtud del art. 33 LCJIMC. Lo que ocurre en el supuesto es que no se ha tenido en cuenta el elemento extranjero y se ha tratado el asunto en primera instancia como si fuera interno, aplicándole, en consecuencia, el Derecho español y, con él, el régimen de sociedad de gananciales al reparto de los bienes de los esposos tras el divorcio.

9. La argumentación recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de comentario es impecable, merece felicitaciones la ponente de la misma. Es una resolución en la que se reivindica el DIPr como disciplina desde la que deben ser analizados y resueltos los supuestos privados en los que existe algún elemento de extranjería.

El problema que plantea la decisión judicial es el que se alega en el voto particular que acompaña a la sentencia. En el mismo, se alega que la apelación no es el momento procesal oportuno para introducir el elemento extranjero que no se ha tenido en cuenta en primera instancia. La magistrada que sostiene el voto particular se apoya en dos sentencias del TS en las que se dice que "[...], esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa" (STS nº 198/2015, de 17 abril la Sala de lo Civil y Sentencia de la misma Sala nº 554/2021, de 20 julio 2021 (ROJ: STS 3073/2021 – ECLI: ES: TS: 2021:3073).

Con ello se pone de manifiesto que la alegación del Derecho extranjero debe realizarse en primera instancia, aun cuando pueda ser probado en apelación y en casación. En nuestro caso, en primera instancia, en la demanda y en la contestación de la demanda, el Derecho extranjero no fue alegado y esto supone que en el recurso de apelación no se pueda valorar la existencia de un elemento extranjero y las consecuencias jurídicas que ello tiene. Todo ello debido a que, como dice el art. 456.1º LEC, "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

Mediante el recurso de apelación no se cuestiona el Derecho aplicable al proceso, existe consenso entre las partes y el tribunal respecto a que el ordenamiento rector es el español, lo que se cuestiona es los bienes que deben formar parte del inventario, estando todos de acuerdo en que el régimen económico matrimonial aplicable es el de gananciales español. La Audiencia Provincial debería haber resuelto acerca de lo que se pide en el recurso, esto es, acerca de si los bienes que alega la recurrente deberían o no incorporarse al inventario, de esta manera, estaría respondiendo al ámbito de la segunda instancia de conformidad con el art. 456.1 LEC.

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO *

261. NO EXISTE PROCEDIMIENTO PENDIENTE ANTE EL TRIBUNAL DE BREMEN AL HABERSE RESUELTO YA EL PROCESO DE DIVORCIO, POR LO QUE NO PUEDE OPERAR EL CRITERIO GENERAL DE ACUMULACIÓN OBLIGATORIA (AAP Ourense 1ª 7 octubre 2021)

262. PRUEBA DEL DERECHO RUSO EN LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Málaga 6ª 18 octubre 2021)

263. NO PUEDE CONFUNDIRSE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO AUNQUE DICHO RÉGIMEN FUERA EL DE SEPARACIÓN DE BIENES POR LO QUE NO RIGE POR RAZÓN DE LA MATERIA
264. EL REGLAMENTO 2016/1103 DE 24 JUNIO 2016, SINO EL REGLAMENTO BRUSELAS I (SAP Barcelona 18ª 9 noviembre 2021)

265. NO ACREDITADO QUE SE HAYAN OTORGADO CAPITULACIONES POSTERIORES AL DIVORCIO, LAS REFERENCIAS A LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HAN DE REFERIRSE A LA LEY UCRANIANA (SAP Madrid 24ª 28 enero 2022)

266. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO SE REGISTRAN POR LA LEY DE MARRUECOS COMO LEY PERSONAL COMÚN DE LOS CÓNYUGES AL TIEMPO DE CONTRAERLO, SIN QUE RIJA ENTRE ELLOS LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Alicante 9ª –Elche– 11 marzo 2022)

RESPONSABILIDAD

267. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ENJUICIAR UN ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN MARRUECOS CONSTANDO QUE DEMANDANTE Y COMPAÑÍA DE SEGUROS DEMANDADA TIENEN SU DOMICILIO EN ESPAÑA (AAP MURCIA 5ª 9 MARZO 2021)

268. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LA NEGLIGENCIA DEL FABRICANTE DEL AVIÓN SINIESTRADO EN EL ACCIDENTE OCURRIDO EN MADRID EN 2008 (AAP Madrid 10ª 11 junio 2021)

269. LITIGIO POR COMPETENCIA DESLEAL ENTRE DOS SOCIEDADES ESPAÑOLAS POR MATERIALIZACIÓN DE LOS ACTOS EN BRASIL (SAP Madrid 28ª 2 julio 2021)

270. PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DEL PERJUICIO SUFRIDO POR UN PARTICULAR DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO A RAÍZ DE UN ACCIDENTE ACAECIDO EN UN ALOJAMIENTO ALQUILADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 8ª 9 diciembre 2021, as. 708/20: *BT y Seguros Catalana Occidente / EB*)

Observaciones: En el asunto BT y Seguros Catalana Occidente, EB (en adelante, asunto BT: STJ 9 diciembre 2021, asunto C-708/20) el Tribunal de Justicia interpreta el art. 13.3º Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (en adelante, RB I bis) a raíz de que la parte perjudicada, por una caída

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid.

que tuvo lugar en un inmueble asegurado por un seguro de responsabilidad civil (RC), decidiera demandar conjuntamente al propietario del inmueble (tomador del seguro y asegurado) y a la compañía aseguradora de dicho inmueble ante los tribunales del domicilio de la parte actora en el Reino Unido.

Los hechos constatan que la Sra. Tattersall (BT), domiciliada en el Reino Unido, celebra un contrato de alojamiento vacacional con la Sra. Basquille (EB), domiciliada en Irlanda, con el fin de disfrutar de unos días de vacaciones en Alicante, donde se sitúa el inmueble. Durante su estancia, la Sra. Tattersall sufre una caída en la terraza de la referida villa. A raíz de las lesiones sufridas, la Sra. Tattersall demanda conjuntamente, en el Reino Unido, a la aseguradora de RC del citado inmueble, Catalana Occidente de Seguros, con domicilio social en España, como garante de la RC de la segunda demandada, y a la propietaria del inmueble, la Sra. Basquille, por los daños sufridos, a resultas de haber incumplido su obligación de garantizar la seguridad del inmueble.

En el procedimiento de autos, la compañía aseguradora, si bien no impugna la competencia judicial internacional del tribunal inglés fundamentada en los arts. 13.2º y 11.1º.b) RB I bis, sí que se opone al fondo de la demanda por considerar que el siniestro queda excluido de la cobertura del seguro de RC que la Sra. Basquille tenía concertado con dicha aseguradora. El Tribunal inglés decide suspender su pronunciamiento sobre el fondo de esta cuestión hasta que decida sobre si puede conocer de la pretensión de la Sra. Tattersall contra la Sra. Basquille (aseguradora y propietaria del inmueble).

La cuestión controvertida que motiva que el tribunal inglés consulte al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere precisamente a la duda sobre si la parte demandante puede demandar, junto a la aseguradora de RC, también a la presunta causante del daño, en tanto que propietaria del inmueble en el que se produjo la caída y asimismo tomadora del seguro y asegurada del seguro de RC, que cubre el riesgo que el inmueble pueda causar a terceros. A lo que se opone esta segunda demandada por estimar que el art. 13.3º RB I bis no permite dicha acumulación de acciones cuando la acción de la parte actora contra la responsable del daño (tomadora del seguro o asegurada) no esté relacionada con la materia de seguros en cuya sección (sección 3 del capítulo II RB I bis) se localiza el foro que la parte actora utiliza para fundamentar la competencia judicial internacional del tribunal inglés, esto es, el citado art. 13.3º RB I bis. De acogerse esta interpretación, esta disposición sólo resultará aplicable para que la aseguradora de RC pueda llamar a la parte asegurada o tomadora del seguro a intervenir en el proceso incoado contra ella por parte del demandante.

Y este posicionamiento es el que acoge el Tribunal de Justicia en el asunto *BT* al negar la posibilidad de que la parte perjudicada por un siniestro cubierto por un seguro de RC pueda demandar conjuntamente a los dos sujetos de la relación en garantía ante los tribunales del Estado miembro competentes para ejercitar la directa sobre la base del *forum actoris* [art. 11.1º.b)]. El motivo de esta posición reside en la ausencia de relación del objeto de la demanda de la parte actora con el concepto “materia de seguros” sobre el que se asienta el sistema autónomo de competencia judicial internacional de la sección 3 del capítulo II del Reglamento 1215/2012.

Ahora bien, ni el RB I bis, ni sus predecesores Reglamento 44/2001 y Convenio de Bruselas de 1968 definen el concepto de “materia de seguros”. Por esta razón, en el asunto *BT*, el Tribunal de Justicia se aproxima a ello al declarar que para que las normas de competencia judicial internacional recogidas en la sección 3 del capítulo II se apliquen “la acción de la que conoce el órgano jurisdiccional debe plantear necesariamente una cuestión relativa a derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro entre las partes de dicha acción” (apdo. 30, asunto *BT*). De este modo, el Tribunal recoge la propuesta que el Abogado General, Michal Bobek, desarrollara en sus conclusiones en el asunto MMA IARD (C-340/16) al declarar que la determinación de si una acción queda comprendida en la materia de seguros depende del “título”, esto es, de si el objeto de la demanda contra el demandado versa sobre derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro (aps. 36 a 39 de las conclusiones). Atendiendo a ello, los aspectos que a primera vista quedarían integrados en el concepto “materia de seguros” son, entre

otros, la formalización, interpretación y ejecución del contrato de seguro controvertido que une a la aseguradora, por un lado, y al tomador del seguro o asegurado, por otro lado.

Así pues, la determinación de si la demanda del tercero perjudicado por un siniestro asegurado concierne a la materia de seguros parece someterse a diferente escrutinio en función de si dicho tercero sólo pretende ejercitar la acción directa frente a la aseguradora de RC o si cumulativamente pretende asimismo reclamar una indemnización por daños y perjuicios contra el presunto responsable del daño (tomador del seguro o asegurado) según el art. 13.3º RB I bis, ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del perjudicado, haciendo valer, de este modo, la protección de las reglas de competencia en materia de seguros concretadas en el *forum actoris*.

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción directa, ésta queda automáticamente amparada en la sección autónoma “materia de seguros” tal y como se constata al hilo del tenor literal del art. 13.2º RB I bis, que incorpora los foros de competencia judicial para su ejercicio, por remisión a los arts. 10, 11 y 12. Y ello con independencia de la “naturaleza que tenga la acción directa de la persona perjudicada contra el asegurador en Derecho nacional” (ap. 27, asunto *BT*), esto es, como institución propia del derecho de la RC o del derecho de seguros. En consecuencia, el motivo que justifica que las reglas de competencia para el ejercicio de la acción directa se integren en la sección de materia de seguro puede hallarse en los presupuestos esenciales de la misma que fundamentalmente son dos: primero, la imputación de RC al asegurado con arreglo al sistema conflictual que corresponda (contractual o extracontractual); y segundo, la existencia de un contrato de seguro de RC válido regido, a su vez, por su propia ley (la ley rectora del contrato de seguro) en cuya cobertura tenga cabida la responsabilidad que se impute al asegurado. Naturalmente, deben concurrir ambos presupuestos de forma cumulativa para que nazca el derecho del tercero a reclamar la obligación de indemnizar con cargo al seguro de RC, dado que, si el primero no se cumple, el asegurado no es responsable y si cumpliéndose el primero, no existe contrato válido que ampare la citada responsabilidad, el perjudicado solamente podrá accionar contra el responsable del daño.

Partiendo de estos presupuestos, procede afirmar que la causa que motiva el ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado contra la aseguradora consiste en el contrato de seguro subyacente que cubre el riesgo asegurado (esto es, los hechos que generan la responsabilidad del asegurado) y del que emerge la obligación de la aseguradora verso el tercero (ap. 40, Conclusiones Abogado General, asunto C-340/16, *MMA IARD*). Y ello, como el propio Tribunal de Justicia afirma, con independencia de la naturaleza (de RC o de seguro) que se impute a la acción directa en los ordenamientos jurídicos nacionales (ap. 27, asunto *BT*). A mayor abundamiento, la relación que la acción directa establece entre el perjudicado y la aseguradora por sí misma es de desequilibrio entre las partes a las que la acción enfrenta, en tanto que el primero es económicamente más débil y jurídicamente más inexperto que la aseguradora.

En consecuencia, el ejercicio de dicha acción directa queda subsumida automáticamente en la materia de seguro en la medida en que la acción directa sea posible y la aseguradora esté domiciliada en un Estado miembro. Y a esta conclusión se llega a pesar de que, con aparente paradoja, en la mayor parte de ocasiones la acción directa que el tercero perjudicado pueda ejercitar contra la aseguradora no se referirá a un problema derivado del contrato del seguro en sí mismo, sino que, por el contrario, atenderá a cuestiones vinculadas a la responsabilidad del responsable del daño (tomador del seguro y/o asegurado) y a la cuantía indemnizatoria (ap. 44, *Hoteles Piñeiro Canarias SL v Keefe* [2015] EWCA Civ 598) a satisfacer por la aseguradora. De ahí que se haya afirmado que el requisito de que el objeto de la demanda del tercero perjudicado se refiera a “materia de seguros” es inexistente en el contexto del art. 13.2º RB I bis (y también en el art. 13.1º del mismo reglamento) y que, por consiguiente, no debiera exigirse dicho requisito respecto de la regla de competencia del art. 13.3º (ap. 44, *Hoteles Piñeiro Canarias SL v Keefe* [2015] EWCA Civ 598).

Pero, como indicamos, cuando el tercero perjudicado pretenda demandar, junto a la aseguradora, al responsable del daño sobre la base del art. 13.3º RB I bis, el TJUE requiere el

requisito de la vinculación del objeto de la demanda del perjudicado con la materia de seguros. Lo que en la práctica implica negar esta estrategia procesal al tercero perjudicado al declarar, el propio Tribunal, que la demanda de éste no puede subsumirse en la materia de seguros “por el mero hecho de que esta demanda y la acción que se entabla directamente contra el asegurador tengan su origen en los mismos hechos o de que exista una controversia entre el asegurador y la persona perjudicada en relación con la validez o el efecto de la póliza de seguro” (ap. 31, asunto *BT*).

En otras palabras, el mismo argumento que, por un lado, justifica que la acción ejercitada por el tercero perjudicado contra la aseguradora de RC quede automáticamente sujeta a la materia de seguros, por cuanto el origen de la obligación de la aseguradora frente al tercero reside en el contrato de seguro subyacente que cubre el siniestro (del que deriva la RC del asegurado) sufrido por dicho tercero, es el que, por otro lado, impide que la acción de indemnización de daños y perjuicios de este mismo tercero frente al presunto responsable del daño quede incluida en la materia de seguros (sección 3 del capítulo II RB I bis). Y ello a pesar de que dicha acción se base en los mismos hechos que justifican la intervención de la aseguradora como garante del siniestro. La razón que esgrime el Tribunal consiste en que la referida indemnización por daños y perjuicios no está vinculada a la materia de seguros por cuanto la misma no plantea “una cuestión relativa a derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro entre las partes de dicha acción” (ap. 30, asunto *BT*). Cuestión que, al mismo tiempo, la mayor parte de las veces, como se indicó, tampoco la plantea la acción directa del perjudicado contra la aseguradora. La diferencia entre el art. 13.2º y el 13.3º no estriba, pues, en el concepto de materia de seguros, sino en el sujeto que ostenta la posición procesal de parte demandada que provoca, al mismo tiempo, que el demandante mantenga o pierda su condición de parte débil en función del sujeto a quien demande.

Con esta conclusión, el Tribunal de Justicia se alinea con la interpretación que el Sr. Jenard sostuviera en su informe explicativo del Convenio de Bruselas de 1968, en el que mantuvo que, para evitar resoluciones irreconciliables, corresponde a la aseguradora demandada por la parte perjudicada la iniciativa de provocar la intervención del tercero (tomador del seguro y/o asegurado) en el proceso, siempre que dicha llamada al tercero sea posible según la ley aplicable a la acción directa.

Con este argumento, por consiguiente, se descarta que el tercero perjudicado pueda beneficiarse del *forum actoris* (art. 13.2º en conexión con el art. 11.1º.b) RB I bis) con la finalidad de atraer al presunto responsable del daño ante los tribunales de Estados miembros distintos a los que con carácter general (art. 4) o especial (concretamente, los arts. 7.1º y 7.2º) contempla el RB I bis para los asuntos en materia contractual o delictual. De este modo, tanto el referido Informe explicativo como el Tribunal de Justicia, en su sentencia en el asunto *BT*, persiguen salvaguardar el principio de seguridad jurídica y el alto grado de previsibilidad que deben presentar las normas de competencia judicial internacional al evitar que el presunto responsable del daño sea demandado ante los tribunales de un Estado miembro que no hubiere podido razonablemente prever (considerando 16 RB I bis). En definitiva, queda a juicio de la aseguradora y de la ley rectora de la acción directa, si así lo contempla, la posibilidad de que el responsable del daño (asegurado) sea llamado a intervenir en el proceso, esta vez como materia de seguros, en el escenario en el que el tercero perjudicado hubiere ejercitado la acción directa contra la aseguradora de RC, dificultando así la conveniencia de que todas las cuestiones suscitadas entre el tercero perjudicado, aseguradora y asegurado se decidan en un mismo procedimiento.

En otro sentido, el RB I bis le ofrece otras vías para lograr dicha solución, aunque desprovistas de las ventajas que pueda conferirle el *forum actoris*.

Georgina GARRIGA SUAU *

* Profesora Agregada de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

271. NORMATIVA APLICABLE EN UN ACCIDENTE SUCEDIDO EN TERRITORIO FRANCÉS ENTRE UN VEHÍCULO DE MATRÍCULA ESPAÑOLA Y OTRA FRANCESA (SAP Barcelona 19^a 4 febrero 2022)

272. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA II EN UNA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA LA ASEGURADORA DE LA PERSONA QUE SE IMPUTA RESPONSABLE (SAP Madrid 14^a 25 marzo 2022)

273. EL DERECHO APLICABLE AL SUPUESTO ES EL CONVENIO DE LA HAYA DE 4 MAYO 1971, SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA, QUE EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA II (SAP Madrid 8^a 21 abril 2022)

274. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA EN RECLAMACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y DE CANCELACIÓN O GRAN RETRASO EN LOS VUELOS (AAP Mallorca 5^a 4 mayo 2022)

Observaciones: La resolución que comentamos es una muestra de la complejidad que en ocasiones suscita la delimitación del ámbito de aplicación material de las normas de derecho internacional privado de la UE. Concretamente, en el AAP Mallorca de 4 mayo 2022 estos problemas se plantean en dos frentes. Por un lado, en relación con la exclusión de los procedimientos de insolvencia del ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RB I bis). Por otro –aunque en este caso la cuestión le pasa desapercibida al órgano jurisdiccional–, respecto de la aplicabilidad del foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores del art. 18 del mencionado Reglamento.

Las coordenadas fácticas del asunto son sencillas: dos pasajeras de un vuelo de la aerolínea Alitalia realizado el 12 noviembre 2019 con origen en Nueva Delhi y destino Roma, y que sufrió un retraso de más de tres horas, interponen ante el Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca una demanda en reclamación de la correspondiente indemnización prevista en el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91 (en adelante, Reglamento 261/2004). Las demandantes eran de nacionalidad italiana, aunque con domicilio en Palma de Mallorca. La compañía demandada, que estaba incurso en un procedimiento por insolvencia tramitado ante un Juzgado de Civitavecchia (Italia), formula declinatoria, por entender que la competencia judicial internacional para conocer de la reclamación correspondía a este último órgano jurisdiccional, al tratarse de una cuestión vinculada al procedimiento de insolvencia. La declinatoria se fundamentó en el art. 6.1° del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), así como en los arts. 7.1° (precepto de procedencia discutible en este estadio, ya que se refiere a la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos) y 19 del mismo Reglamento. A tal efecto, se aportó la resolución italiana que confirmaba la situación de insolvencia y administración extraordinaria de la demandada. El JM n° 3 de Palma estima la declinatoria y dicta auto declarando su “falta de jurisdicción internacional” (*sic*), aunque sorpresivamente funda su decisión en el art. 745.1° del texto refundido de la Ley Concursal (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), y no en los arts. 19 y 20 RI, régimen que en todo caso sería el aplicable, por tratarse de una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE. Contra el auto del Juzgado, las demandantes interponen recurso de apelación, que resuelve el AAP Palma 5 mayo 2022.

La práctica totalidad de la argumentación de la Audiencia gira en torno a la determinación de si la acción ejercitada está excluida o no del juego RB I bis, y si por lo tanto se inscribe dentro del ámbito material del RI. Como es sabido, el RB I bis excluye de su ámbito de aplicación material “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos” (art. 1.2°b). El Tribunal de Justicia de la UE (TJ) ha interpretado esta exclusión de forma paralela y

correlativa al ámbito de aplicación material del RI (tanto el de 2015 como el anterior Reglamento 1346/2000), estableciendo entre ellos una relación de simetría o de “vasos comunicantes”, con el objetivo de evitar que se produzcan tantos solapamientos como resquicios o vacíos jurídicos entre ambos textos normativos. A este fin, y partiendo de una concepción amplia de la noción de “materia civil y mercantil”, el Tribunal de Justicia ha establecido los criterios pertinentes para calificar el supuesto, a efectos de determinar su inclusión en uno u otro Reglamento. Así, únicamente están comprendidas en el ámbito de aplicación del RI las demandas que derivan directamente de un procedimiento concursal y que están estrechamente relacionadas con él. El criterio decisivo a tener en cuenta no es el contexto procesal en el que se inscribe la demanda, sino su propio fundamento jurídico, es decir, observar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia (*vid.*, entre otras, las SS TJ 9 noviembre 2017, *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, 20 diciembre 2017, C-649/16, *Valach*, 18 septiembre 2019, *Riel*, C-47/18, y 21 noviembre 2019, *CeDe Group AB*, C-198/18).

En el Auto comentado, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca recoge la anterior jurisprudencia, y procede a aplicar este “test de la doble condición” al supuesto fáctico que se le plantea. A nuestro juicio acertadamente, la Audiencia concluye, tras analizar el supuesto a la luz de la jurisprudencia emanada tanto del TJ como de los tribunales españoles (con cita de la STS 12 mayo 2019 y de la SAP Alicante 10 julio 2019), que la acción enjuiciada ni deriva directamente ni guarda una relación estrecha con el procedimiento de insolvencia seguido en Italia. La Audiencia constata que el fundamento jurídico de la demanda se situaba en las normas generales de derecho civil o mercantil –concretadas *in casu* en el Reglamento 261/2004–, y no en las normas excepcionales que rigen los procedimientos concursales. Y, por otro lado, el hecho de que la demandada se encontrara en situación concursal no constituye un vínculo de intensidad suficiente con el procedimiento de insolvencia que justificase la exclusión del juego RB I bis y la aplicación del RI. En efecto, en el asunto planteado, lo que se ejercitaba era la pretensión declarativa de un derecho de crédito –reclamación de una indemnización por retraso en un vuelo–, originado de forma independiente al procedimiento de insolvencia, y cuya naturaleza y fundamento jurídico no varían por el hecho de que la demandada estuviera en situación de concurso (en este sentido, STJ 4 septiembre 2014, *Nickel*, C-157/13, ap. 29). Las eventuales consecuencias de la acción ejercitada tampoco podrían tener influencia directa alguna en el procedimiento de insolvencia, pues la acción es ajena a éste, al estar relacionada con la actividad de transporte aéreo de pasajeros y no con dicho procedimiento (en un sentido paralelo, STJ 9 noviembre 2017, *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, ap. 26). En definitiva, la Audiencia Provincial de Palma declara que para la determinación de la competencia judicial internacional en este asunto era aplicable el RB I bis, al tener la demandada su domicilio en un Estado miembro de la UE (art. 4). El pronunciamiento de la Audiencia es coherente con la obligación de interpretar el ámbito de aplicación del RI de forma estricta, en contraposición al entendimiento amplio que debe hacerse de la noción de “materia civil y mercantil” propia RB I bis.

Todo ello no significa, sin embargo, que todo el iter procesal de la reclamación pueda mantenerse ajeno a las vicisitudes del procedimiento de insolvencia tramitado en Italia. Una cosa es que la competencia judicial internacional para declarar la existencia del derecho de crédito se determine de acuerdo con el RB I bis, y que la eventual condena dineraria a Alitalia se fundamente en el Reglamento 261/2004, y otra muy distinta es que, en caso de ser necesaria la posterior ejecución de la sentencia (presumiblemente en Italia), ésta pueda llevarse a cabo al margen de la situación de concurso de la ejecutada. Ciertamente, la eventual sentencia declarativa estimatoria que pudiera dictarse en su día a favor de las demandantes gozaría del régimen de ejecución privilegiado RB I bis (art. 32.2º RI). Ahora bien, en este eventual estadio futuro de ejecución, la circunstancia de que la ejecutada se halle en situación de concurso, indefectiblemente sí tendrá incidencia en la ventura del cobro de la deuda, puesto que ésta –de cumplirse las condiciones que para ello establezca la *lex concursus*– se integraría presumiblemente en la masa pasiva del concurso y quedaría, por ello, afectada a sus vicisitudes.

Dejando lo anterior a un lado, y retomando la argumentación de la Audiencia Provincial de Palma, el tribunal concluye, como se ha dicho, que la competencia judicial internacional debía determinarse a través RB I bis, y no del RI. En particular, en el asunto enjuiciado las pretensiones resarcitorias se fundamentaban exclusivamente en el Reglamento 261/2004, y no en el Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, por lo que efectivamente eran únicamente aplicables las reglas de competencia RB I bis, y no era procedente el juego del art. 33 del referido Convenio (STJ 7 noviembre 2019, *Guañoli y otros*, C-213/18, ap. 34). A la hora de identificar el concreto foro de competencia aplicable, sin embargo, la Audiencia acude erróneamente al foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores previsto en el art. 18.1º RB I bis, que permite al consumidor presentar la demanda ante los tribunales de su propio domicilio. Dicho foro no podía ser aplicable, dado que los contratos de transporte –excepto aquellos que combinen transporte y alojamiento– están expresamente excluidos de su ámbito (art. 17.3º). La práctica inexistencia de fundamentación de este pronunciamiento contrasta con los detallados argumentos que se aportan para la cuestión de la insolvencia. La Audiencia se limita a constatar que las demandantes son “presuntamente consumidoras”, y con ello valida la competencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Palma, que se corresponde con el de su domicilio. Por el contrario, al estar excluido el contrato de transporte del foro especial de protección RB I bis, debía acudir a las normas generales de competencia. Ahora bien, en este caso, el foro especial en materia contractual del art. 7.1º (tal como ha sido concretado por el TJ en relación con el transporte aéreo de pasajeros, *vid.* STJ 9 julio 2009, *Rehder*, C-204/08) no sería operativo. En efecto, el origen del vuelo (Nueva Delhi) se situaba en un tercer Estado, y su destino (Roma) coincidía con el del mismo Estado miembro del domicilio del demandado. En consecuencia, la competencia únicamente podía fundamentarse en el criterio general del domicilio del demandado (art. 4 RB I bis), que presumiblemente y en virtud de las normas italianas de competencia territorial acabaría remitiendo a los órganos jurisdiccionales de la misma demarcación de Civitavecchia, en la que se tramitaba el procedimiento de insolvencia de Alitalia. Llama la atención que en la declinatoria no se adujeran estos argumentos, ni siquiera a título subsidiario.

La aplicación improcedente –por *contra legem*– del foro de protección de consumidores por parte de la Audiencia es, en el fondo, el reflejo de una discordancia jurídica en el derecho internacional privado de la UE: los pasajeros en un contrato de transporte aéreo son comúnmente considerados consumidores a efectos del resto del ordenamiento, pero sin embargo están excluidos de esta condición cuando se trata del foro de protección establecido en el Reglamento Bruselas I, así como de las correlativas normas de conflicto específicas que prevé el art. 6 Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Incluso en el marco RB I bis se pueden dar situaciones paradójicas en este punto. Así, el TJ ha declarado que la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores rige también en el sector del transporte aéreo, en particular en relación con una cláusula atributiva de competencia contratada por un pasajero que tiene la condición de consumidor (STJ 18 noviembre 2020, *DelayFix*, C-519/19). Sin embargo, ante la eventual nulidad de dicha cláusula por abusiva, no resultará aplicable el foro de protección en materia de contratos de consumo, sino el criterio general de competencia, o en su caso el foro especial contractual. Ello puede acabar por desvirtuar la finalidad protectora de la citada Directiva, y también coadyuvar a que la compañía aérea acabe eludiendo su responsabilidad por cancelación o retraso en el vuelo, puesto que tener que litigar en el extranjero será un claro desincentivo para el consumidor, en especial por reclamaciones de escasa cuantía. Por otro lado, esta discordancia conceptual no se produce en el derecho interno español, puesto que los pasajeros aéreos son considerados consumidores también a efectos de las reglas de competencia judicial internacional (art. 22 quinquies LOPJ, que no los excluye de su ámbito), así como de las de competencia territorial (aps. 2 y 3 del art. 52 LEC, que son aplicados por los tribunales españoles en estos supuestos, a veces incluso en contravención del foro especial del art. 7.1º RB I bis, *cf.* ATS 12 julio 2017, ECLI:ES:TS:2017:7655A, ATS 22 junio 2021, ECLI:ES:TS:2021:9563A o ATS 3 mayo 2022, ECLI:ES:TS:2022:7086A,

entre otras). Estos factores pueden probablemente haber influido en el razonamiento del tribunal en la resolución comentada. En este sentido, estos efectos negativos que conlleva sustraer el contrato de transporte aéreo del ámbito del foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores RB I bis ya han sido puestos de relieve por la doctrina, subrayando la necesidad de su reforma, eliminando dicha exclusión (X. Kramer *et al.*, *The application of Brussels I (Recast) in the legal practice of EU Member States*, Synthesis Report, Asser Institute – Erasmus University Rotterdam, 2018, p. 17; B. Hess, “La reforma RB I bis. Posibilidades y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022, p. 19).

Milagros OROZCO HERMOSO *

RESPONSABILIDAD PARENTAL

275. DECLARADA LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL REINO UNIDO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, PROCEDE IGUALMENTE DECLARAR LA COMPETENCIA DE LOS MISMOS PARA CONOCER DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LOS ALIMENTOS DE LA MENOR (AAP Barcelona 12ª 19 noviembre 2021)

276. COMPETENCIA SOBRE MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE LOS MENORES Y EN ESTE CASO LAS HIJAS MENORES VIVEN EN ESPAÑA (AAP Barcelona 18ª 12 enero 2022)

277. EN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE PRODUCE UN RELEVO EN LA LEY APLICABLE VINCULADO DIRECTAMENTE CON LA LEY DEL FORO COMO CRITERIO GENERAL AL PRESUMIRSE QUE SERÁ LA QUE EN PRINCIPIO GUARDE MAYOR CONEXIÓN O VINCULACIÓN CON EL NIÑO (SAP Barcelona 18ª 28 junio 2022)

SUCESIONES

278. EL ART. 9.8º CC ESTABLECE QUE LA SUCESIÓN SE HA DE REGIR POR LA LEY NACIONAL PERO NO QUE UN TESTAMENTO OTORGADO ANTE UN NOTARIO POR UN EXTRANJERO CAREZCA DE VALIDEZ (SAP Toledo 1ª 20 mayo 2021)

279. NO RESULTA ADMISIBLE QUE LA DEMANDANTE, QUE HA OBTENIDO UNA DEMANDA DE DIVORCIO EN EE UU, DEFIENDA AÑOS MÁS TARDE EN UN LITIGIO TESTAMENTARIO QUE DICHO DIVORCIO CARECE DE EFECTOS EN ESPAÑA, PORQUE NO SE PROMOVió EL EXECUTUR (SAP Guipúzcoa 2ª 18 junio 2021)

280. LA SENTENCIA PANAMEÑA, EN LA QUE SE DECLARA LA IMPROCEDENCIA PARA SUCEDER DEL DEMANDADO POR CAUSA DE INDIGNIDAD, NO ES CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO (SAP A Coruña 6ª 30 septiembre 2021)

281. ABSTENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DEL ASUNTO SUCESORIO AL CARECER DE COMPETENCIA INTERNACIONAL POR CORRESPONDERLE A LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN RUSA (AAP Málaga 5ª 30 noviembre 2021)

282. EL REGLAMENTO 650/2012 ESTABLECE QUE ES NECESARIA UNA SOLICITUD DE PERSONA CON INTERÉS LEGÍTIMO, ESTO ES : HEREDERO, LEGATARIO CON DERECHO DIRECTO EN LA HERENCIA O EJECUTOR TESTAMENTARIO O ADMINISTRADOR (SAP Málaga 4ª 30 diciembre 2021)

* Universidad Autónoma de Barcelona.

283. LA SENTENCIA HA VULNERADO LA IMPOSIBILIDAD DE REVISAR EN CUANTO AL FONDO LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE PARÍS, Y ELLO DETERMINA LA REVOCACIÓN DE AQUELLA RESOLUCIÓN CON LA CONSIGUIENTE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN DEL LEGADO OTORGADA POR LA DEMANDADA (SAP Pontevedra 1ª 13 enero 2022)

284. EN EL CASO DE PERSONAS DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y RESIDENCIA EN FRANCIA CUYO ÚNICO BIEN INTEGRANTE DE SUS HERENCIAS, ES UNA VIVIENDA EN ÁLGECIRAS, LA LEY APLICABLE A SU SUCESIÓN ES LA LEY ESPAÑOLA AL SER LA LEY DEL ESTADO CUYA NACIONALIDAD POSEÍAN (SAP Cádiz 2ª 22 febrero 2022)

285. LA LEY DE FLORIDA, CONFORME A LA CUAL SE OTORGÓ EL TESTAMENTO DE 2017, RIGE PARA LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES PERSONALES (MUEBLES), MIENTRAS QUE PARA LOS INMUEBLES SE APLICARÁ LA LEY DEL LUGAR DONDE ESTÉN SITOS (SAP Tenerife 4ª 31 mayo 2022)

TRANSPORTE

286. HASTA QUE NO SE REALICE EL EMPLAZAMIENTO Y, EN SU CASO, NO COMPAREZCAN LOS DEMANDADOS, NO ES POSIBLE APRECIAR DE OFICIO LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL (AAP Granada 3ª 17 junio 2021)

287. ÁMBITO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS TRANSPORTES INTERNACIONALES SOMETIDOS AL CONVENIO CMR SI EL TRANSPORTISTA ES ESPAÑOL Y EL CONTRATO TIENE COMO ORIGEN O DESTINO ESPAÑA (SAP Bilbao 4ª 5 julio 2021)

288. EL IMPAGO QUE SE PRODUZCA EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA SOMETIDOS AL CMR, PUEDEN SER OBJETO DE RECLAMACIÓN A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DIRECTA (SAP Bilbao 4ª 27 diciembre 2021)

289. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TRANSPORTISTA DEMANDADA Y CONDENA A LA INDEMNIZACIÓN DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DEL CONVENIO CMR APRECIARSE LA EXISTENCIA DE DOLO EVENTUAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRIERON EN EL ROBO DE LA MERCANCÍA (SAP Madrid 28ª 24 enero 2022)

290. TRATÁNDOSE DE UNA PLURALIDAD DE TRANSPORTES REALIZADOS EN EL MARCO DE UNA ÚNICA RELACIÓN CONTRACTUAL Y TENIENDO UNA PARTE DE ESOS TRANSPORTES POR DESTINO ESPAÑA, ENTENDEMOS QUE DEBE APLICARSE LA NORMATIVA ESPAÑOLA (SAP Barcelona 15ª 25 febrero 2022)

Crónica de Derecho interterritorial

Coordinación y comentarios de

Albert FONT I SEGURA* y Rafael ARENAS GARCÍA**

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra. La contribución de este autor ha sido financiada por el Proyecto de investigación DER2016-77190-R, “Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro”, dirigido por el Prof. Santiago Álvarez González.

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

Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa

Albert FONT I SEGURA *

1. Esta sección de la crónica se dedica a poner de manifiesto las dificultades que se derivan de la articulación de la legislación adoptada en ejercicio de la competencia estatal atribuida con carácter exclusivo con la pluralidad normativa establecida también constitucionalmente en materia civil. En términos generales, el año 2021 ha concluido con una jurisprudencia que sigue la tónica habitual de años precedentes. No obstante, antes de exponer los temas que de un modo u otro tiene que ver con el encaje de aquellos ámbitos que quedan regulados exclusivamente por la legislación estatal con aquellos que están a expensas de la plurilegislación, cabe destacar dos sentencias por su relevancia en los ejes del sistema de Derecho interterritorial. Por una parte, la STC 157/2021 (Pleno de 16 septiembre, ECLI:ES:TC:2021:157), reiterando la doctrina constitucional adoptada en relación a la competencia exclusiva del Estado para regular el tráfico jurídico interterritorial. Por otra parte, la STS 17 de febrero Civ 1ª (ECLI:ES:TS:2021:532), pronunciándose por primera vez respecto a la función de las normas de conflicto y a su relación con la invocación a la territorialidad del Derecho civil catalán, establecido en el art. 111-3 CCCat, ante un conflicto de leyes.

2. La STC 157/2021 de 16 de septiembre se pronuncia, entre otros aspectos, respecto a las leyes 11 y 12 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo frente a la competencia del Estado para dictar las “normas para resolver conflictos de leyes”. En la ley 11 se regula “determinación de la condición civil” y en la ley 12, la “condición foral de las personas jurídicas”. El TC recuerda la doctrina dictada en anteriores sentencias, STC 158/2019, de 12 de diciembre, STC 93/2013, de 23 de abril y STC 226/1993, de 8 de julio, en las que se preserva la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE. Así, establecer, conforme a la ley 11, que “La condición foral de navarro determina el sometimiento al Derecho civil foral de Navarra. La condición foral se regulará por las normas generales del Estado en materia de vecindad civil, (...)”, no vulnera la competencia estatal en tanto en cuanto cumple con el mandato estatutario (art. 5.3º LORAFNA) sin invadir los límites competenciales fijados en el art. 149.1.8ª CE. En efecto, la ley 11, tal como ha sido concebida, no es más que una norma de remisión dado que regula la condición civil foral de navarro a efectos de la aplicación del derecho civil foral conforme a lo previsto por quien tiene la competencia “para fijar el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, competencia ejercida en la regulación del Código civil” (FJ 8). Por el contrario, el inciso “respetando el principio de paridad de ordenamientos” con el que concluye la ley 11 se declara inconstitucional. El TC, sin negar que, conforme a la doctrina constitucional, los criterios establecidos en el sistema estatal para determinar la relación entre los ordenamientos civiles coexistentes en España deben asegurar “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles” (STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 3), apunta que el legislador navarro se excede en su competencia “sin que nada corresponda decir al legislador foral, dado el carácter exclusivo de la competencia estatal al respecto” (FJ 8). Según criterio del TC, en principio, la uniformidad de régimen derivada de la competencia exclusiva al Estado preserva en sí misma la paridad entre ordenamientos civiles. Habida cuenta de los argumentos vertidos por el TC, y siguiendo su propia doctrina, no sorprende que se declare la inconstitucionalidad de la ley 12 que establece que: “En las personas jurídicas cuya regulación sea competencia de la Comunidad

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra

Foral de Navarra, la condición foral se determinará por su domicilio en Navarra, debiendo estar sujetas al Derecho de Navarra”. En efecto, no cabe duda de que con esta previsión el legislador navarro adopta una norma unilateral delimitadora del ámbito de aplicación espacial y personal que incide en la regulación de los conflictos de leyes internos. Siguiendo la lógica constitucional, si esta es una materia en la que el Estado tiene competencia exclusiva no hay ningún margen para que el legislador autonómico, el navarro en este caso, determine la vecindad civil (condición foral) de las personas jurídicas, aunque se regule únicamente la condición foral de las personas jurídicas sometidas a las competencias de la Comunidad foral. Admitir una norma de este tipo comportaría sustraer la competencia del Estado para fijar los criterios y puntos de conexión que correspondan en la regulación de los conflictos de leyes.

La doctrina constitucional está suficientemente asentada para dejar por consolidada la integral competencia del Estado en esta materia.

3. La STS Civ 1ª 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:532) merece ser destacada porque supone el primer pronunciamiento del TS en el que, por una parte, se avala la aplicación de una ley autonómica, la catalana en este caso, en calidad de *lex fori* para resolver un conflicto de leyes internacional. La referencia a la ley del foro suscita un problema en ordenamientos plurilegislativos como el nuestro que, sin perjuicio de esta pluralidad, vienen presididos por el principio de unidad jurisdiccional. En efecto, surge la dificultad de determinar esta ley, puesto que se trata de un foro que es plurilegislativo (sobre esta cuestión *vid.* los puntos de vista aportados por R. Arenas García, “Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español” y S. Álvarez González, “Determinación del ámbito personal y territorial del derecho civil catalán (o sobre la competencia compartida en materia de derecho civil catalán)”, en A. Font i Segura. (coord.) *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, 2011; *vid.* también S. Álvarez González, “La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012 (1). Lo cierto es que el TS no profundiza en la cuestión ni aporta argumento alguno para establecer qué método debe seguirse para determinar cuál de las leyes españolas es de aplicación cuando la norma de conflicto designa como aplicable la ley del foro. Sea como fuere, el TS da por buena la aplicación del Derecho civil catalán. Se supone que la consideración de este Derecho como ley del foro se da sobre la base de que el supuesto litigioso se estaba ventilando ante un tribunal con sede en Cataluña. Asimismo, vale la pena resaltar esta resolución porque se descarta que la aplicación del Derecho catalán provenga de la eficacia territorial establecida en el art. 111-3 CCCat. La relevancia del posicionamiento del TS se encuentra en que la invocación de la territorialidad es un argumento profusamente utilizado por los tribunales con sede en Cataluña para fundamentar la aplicación del Derecho catalán, tanto en conflictos de leyes interterritoriales como internacionales, y que ha sido duramente criticado por quienes suscriben esta crónica (*vid.* R. Arenas García, “Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español” y A. Font i Segura, “Territorialidad y extraterritorialidad en la aplicación de los Derechos civiles españoles”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1145-1148; *vid.* también S. Álvarez González, “La ‘eficacia territorial’ del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, 2017). Como si de una cláusula de estilo se tratara, los tribunales acuden al art. 111-3 CCCat para justificar la aplicación del Derecho catalán, inicialmente sin citar las normas de conflicto que correspondía aplicar, y ya, últimamente, como se ha venido exponiendo en esta crónica, con cita conjunta del art. 111-3 CCCat y de las normas de conflicto pertinentes. Este modo de proceder es erróneo. Ante un conflicto de leyes no cabe invocar la territorialidad como principio para designar la aplicación del propio Derecho, puesto que ello constituiría una ampliación indebida, por inconstitucional, de la competencia atribuida al legislador autonómico (*vid.* STC 157/2021 de 16 de septiembre, FJ 8). El contenido del art. 111-3 CCCat es tanto natural plasmación del carácter territorial del Derecho catalán como de la limitación territorial a la que está sometida la competencia ejercida por el legislador autonómico, pero, desde luego, no es una norma de conflicto. Debe ser por ello bienvenida

esta sutil corrección del TS que obliga a considerar la aplicación de la correspondiente norma de conflicto cuando deba resolverse un conflicto de leyes.

4. Aparte de las dos sentencias referidas, esta sección debe también aludir a todas aquellas sentencias que acuden al Derecho civil español que corresponda para determinar el plazo de prescripción de las acciones tratándose de supuestos mercantiles. La aplicación supletoria del Derecho común contenida en el art. 943 Ccom se entiende referida al Derecho civil, en cuanto Derecho general, frente al Derecho mercantil, en cuanto Derecho especial. Esta es una posición mantenida sin fisuras en la sección 3ª de la AP de Navarra (*vid.* SS AP Navarra de 7 enero, ECLI:ES: APNA:2021:3; de 29 marzo, ECLI:ES: APNA:2021:155; de 30 marzo, ECLI:ES:APNA:2021:293; de 8 abril, ECLI:ES:APNA:2021:1128; de 22 abril, ECLI:ES:APNA:2021:960; de 17 mayo, ECLI:ES: APNA:2021:862; de 31 mayo, ECLI:ES: APNA:2021:808; de 16 junio, ECLI:ES:APNA:2021:947; de 18 junio, ECLI:ES:APNA:2021:1123 y de 22 junio, ECLI:ES:APNA:2021:960). Esta posición se mantiene en otros supuestos, si bien de carácter civil, como un contrato de hospitalización (SAP Tarragona 3ª de 18 marzo, ECLI:ES:APT: 2021:290), un arrendamiento de obra (SAP Tarragona 3ª de 13 mayo, ECLI:ES:APT:2021:690), con oportuna cita del art. 111–3.1 CCCat dado que no se suscita un conflicto de leyes, o un caso de enriquecimiento injusto (SAP Barcelona 19ª de 18 marzo, ECLI:ES:APB:2021:2727), aplicándose los plazos de prescripción del Derecho catalán, con oportuna cita de los arts. 111–1, 111–3 y 111–5 CCCat en la medida en que no se suscita un conflicto de leyes, y ello con independencia de que éste tenga desarrollada una regulación sustantiva de la figura en cuestión. En cualquier caso, se dejan a salvo determinadas excepciones derivadas de leyes especiales de origen estatal.

La articulación del Derecho mercantil con la pluralidad normativa en el ámbito civil se pone también de manifiesto respecto los derechos del socio cuando la herencia es yacente (sentencias del JMERC de Palma de 23 febrero, ECLI:ES:JMIB:2021:951 y también de 23 febrero, ECLI:ES:JMIB: 2021:950). En efecto, en estos supuestos deberá tenerse presente el Derecho aplicable en materia sucesoria a los efectos de establecer la designación de la persona para ejercer los derechos del socio previsto en el art. 126 LSC y la consideración de las mayorías previstas en función de si se trate de actos de administración ordinaria o extraordinaria (*v.gr.*, art. 552–7.2 CCCat), aunque en el supuesto simplemente se alude a esta disparidad para apuntar que en las Islas Baleares se aplica supletoriamente el Derecho común para regir esta cuestión.

5. Como en años precedentes, la pluralidad normativa del ordenamiento español asoma también en el ámbito del Derecho tributario. En efecto, la cuota tributaria del impuesto de sucesiones depende de cuál sea la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte. Así, será esta ley la que va a determinar si procede el devengo del impuesto a consecuencia de la conmutación del usufructo universal o si se constituye un negocio jurídico nuevo, lo que determina que se produzca una nueva transmisión objeto de liquidación independiente, al tratarse de una operación de consolidación del dominio. Por consiguiente, considerando que en Derecho civil catalán solo se permite la conmutación del usufructo universal en la sucesión intestada (art. 442.5 CCCat), la tributación va a depender de la vecindad civil del causante (STSJ Andalucía CA 2ª de 23 septiembre, ECLI:ES:TSJAND:2021:18348). Igualmente, el carácter solidario o mancomunado ante la concurrencia de varios obligados frente a la Administración tributaria va a depender de cuál sea la ley que rija la sucesión, como se pone de manifiesto en la SAN CA 7ª de 10 febrero 2021, ECLI:ES:AN:2021:965, en aplicación del art. 35.7º LGT, dado que los herederos suceden al causante en sus deudas de la manera, modo y bajo las condiciones que determine la legislación civil aplicable. Si es de aplicación el CC existe una solidaridad entre los coherederos, pero si es de aplicación el CCCat rige el principio de mancomunidad de las deudas hereditarias, sin solidaridad entre los herederos (art. 463 CCCat). Ahora bien, en el caso resuelto por la AN no se acreditó que los causantes tuvieran vecindad civil catalana al tiempo del fallecimiento.

6. La función que desempeña la vecindad civil en el ámbito del Derecho interterritorial no debe llevar a confundir este criterio con el de la vecindad administrativa, noción completamente distinta. Se

recogen, en este sentido, dos sentencias del TSJ de Madrid en las que se alude a la vecindad civil como criterio para establecer la vecindad administrativa con el fin de obtener una indemnización al amparo de la Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo (TSJ de Madrid CA, 8ª, de 9 julio, ECLI:ES:TSJM: 2021:8530 y de 16 julio, ECLI:ES:TSJM:2021:8943). No obstante, esta aproximación es corregida distinguiendo claramente entre la vecindad civil y la vecindad administrativa, que se asimila al de “residencia administrativa”, entroncado a su vez con el acto administrativo de empadronamiento (SSTSJ Madrid CA 8ª, 24 septiembre, ECLI:ES:TSJM:2021:10084; 15 octubre ECLI:ES:TSJM:2021:10799; de 21 octubre ECLI:ES:TSJM:2021:12000; 29 octubre, ECLI:ES:TSJM: 2021:12832; de la misma fecha también, ECLI:ES:TSJM:2021:12687; ECLI:ES:TSJM:2021:12634 y ECLI:ES:TSJM:2021:12687; de 7 diciembre, ECLI:ES:TSJM:2021:14330).

La expresión “vecindad civil” también es introducida por las alegaciones, no por el tribunal, en relación a la aplicación de las normas de dopaje, aunque debe subrayarse que parece que se refiere a que el sujeto tenía la vecindad administrativa en la Comunidad Valenciana, o en la provincia de Valencia, más que apuntar que el sujeto tenía la vecindad civil valenciana. En cualquier caso, lo que se pone de relieve es que el término “vecindad civil” todavía se presta a ciertas confusiones (*vid.* la STSJ País Vasco, CA 1ª) de 2 diciembre, ECLI:ES:TSJPV:2021:3548).

7. Por último, se da cuenta de una sentencia dictada en la jurisdicción penal únicamente para tener presente que la determinación de la vecindad civil puede ser producto de una falsedad de documento público (AAP Barcelona 3ª de 16 julio, ECLI:ES:APB:2021:7732A). La AP no considera que se hubiera cometido tal delito, pero resulta interesante constatar que en el otorgamiento de un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato los testigos pueden declarar falsamente en cuanto a las circunstancias de la defunción del causante, como, en particular, su vecindad civil, o su descendencia, matrimonio, así como si había otorgado o no testamento al tiempo de su fallecimiento.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. TC (Pleno) Sentencia nº 157/2021, de 16 septiembre. Ponente: Encarnación Roca Trías. Fuente: Aranzadi RTC\2021\157 ECLI:ES:TC:2021:157.

VULNERACIÓN EXISTENTE DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES; CONDICIÓN CIVIL FORAL DE NAVARRO; DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

[...]

La doctrina constitucional antes citada ha dejado sentado que la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional, de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado disponer cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Tarea en la que la Constitución no ofrece pauta o criterio positivo alguno, sin perjuicio de que la doctrina constitucional haya advertido que no sería admisible la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión, sino que han de fijarse criterios que, como el de la vecindad civil, “asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles” (STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 3).

En ese contexto, la referencia de la norma foral al respeto al principio de paridad de ordenamientos parece querer aludir precisamente a la necesidad de asegurar esa posición de igualdad que se acaba de mencionar a la hora de fijar las normas para resolver los conflictos de leyes. Pero sucede que ese objetivo de garantizar la posición de igualdad de los ordenamientos civiles es ajeno a las competencias autonómicas, en cuanto que corresponde al Estado al dictar las normas de conflicto aplicables, sin que pueda el legislador foral pretender fijar un criterio al ejercicio de la competencia estatal allí dónde no lo ha hecho la propia Constitución. Determinar cuál es la ley aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación le corresponde en exclusiva al Estado mediante el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos. De esta manera, la uniformidad de la norma de conflicto que diseña el legislador estatal, basada en la vecindad civil, es la que garantiza ese principio de paridad de los ordenamientos civiles, en cuanto que esa común conexión con la vecindad civil es la que asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, sin que nada corresponda decir al legislador foral, dado el carácter exclusivo de la competencia estatal al respecto. Eso es lo que resulta de la doctrina constitucional (STC 226/1993, de 8 de junio, FJ 2) al señalar que el art. 149.1º.8 CE “viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”, competencia que en principio asegura –como hemos dicho en la reciente STC 156/1993 – “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles” (FJ 3º). Tan sólo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso”.

En atención a esta doctrina hay que concluir que el último inciso de la ley 11, “respetando el principio de paridad de ordenamientos”, introduce una norma de conflicto que es contraria al orden competencial e inconstitucional y nula. Declaración de inconstitucionalidad que no ha de afectar al resto del enunciado del precepto, frente al que, depurado así del vicio apreciado, no cabe ya reproche alguno de inconstitucionalidad.

b) La ley 12 prescribe que la condición foral (o vecindad civil navarra) de determinadas personas jurídicas, aquellas sobre la que la Comunidad foral ostente competencias, se determinará por su domicilio en Navarra.

A diferencia de la ley 11, no hay aquí una remisión, sino que se está estableciendo un criterio para la adquisición, pérdida y recuperación de la vecindad civil con fundamento en el domicilio, estableciendo con ello la ley aplicable a dichas personas jurídicas e incidiendo en la determinación de las normas para resolver los conflictos de leyes que solo al Estado compete. Se trata de una cuestión reservada con carácter exclusivo a la legislación estatal en el que las comunidades autónomas tienen vedado el establecimiento de su propia normativa al respecto, por más que se adecuen materialmente a lo dispuesto por el legislador estatal. No salva la inconstitucionalidad apreciada el hecho de que el precepto haga referencia a las personas jurídicas sometidas a las competencias de la Comunidad foral, pues también es el Estado, en ejercicio de sus competencias sobre el sector material de actividad de dichas personas jurídicas, el que, en su caso, debe establecer cuál es el punto de conexión territorial determinante de la competencia autonómica. La fijación de dicho punto de conexión se integra en la competencia sustantiva de que se trate, correspondiendo al Estado precisar los criterios y puntos de conexión que sea menester fijar para determinar el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas en coherencia con su carácter territorialmente limitado (por todas, STC 330/1994, de 15 de diciembre, FJ 6).

En suma, el inciso “respetando el principio de paridad de ordenamientos” de la ley 11 y la ley 12 son inconstitucionales y nulos”.

2. STS Civ 1ª) nº 89/2021, de 17 febrero. Ponente: Excmá Sra. Mª Angeles Parra Lucán. Fuente: Aranzadi RJ\2021\460 ECLI:ES:TS:2021:532.

PROCESO DE DIVORCIO: PENSIÓN COMPENSATORIA Y DERECHO DE COMPENSACIÓN POR RAZÓN DEL MATRIMONIO. DETERMINACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA APLICABLE. CONFLICTO DE LEYES. TERRITORIALIDAD.

3. SAN CA 7ª 10 febrero 2021. Ponente: Excmá Sra. María Yolanda de la Fuente Guerrero. Fuente: Aranzadi JUR\2021\104138 ECLI:ES:AN:2021:965.

COMUNIDAD DE BIENES. RECLAMACIÓN DE DEUDAS HEREDITARIAS TRAS LA PARTICIÓN. SOLIDARIDAD ENTRE LOS HEREDEROS. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

4. STSJ Andalucía, Sevilla CA 2ª 23 septiembre 2021. Ponente: José Santos Gómez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\105618 ECLI:ES:TSJAND:2021:18348.

CUOTA TRIBUTARIA DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES: PAGO DE LA LEGÍTIMA VIDUAL CON ENTREGA DE BIENES EN PLENO DOMINIO. CÓNYUGE EN CONCURRENCIA CON HIJOS DEL CAUSANTE.

5. STSJ Madrid, CA 8ª nº 889/2021, de 9 julio. Ponente: Mª Dolores Galindo Gil. Fuente: Aranzadi JUR\2021\335605 ECLI:ES:TSJM:2021:8530.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

6. STSJ Madrid, CA 8ª nº 904/2021, de 16 julio. Ponente: Mª Dolores Galindo Gil. Fuente: Aranzadi JUR\2021\338425 ECLI:ES:TSJM:2021:8943.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

7. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1062/2021, de 24 septiembre. Ponente: Ana María Jimena Calleja. Fuente: Aranzadi JUR\2021\363076 ECLI:ES:TSJM:2021:10084.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

8. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1165/2021, de 15 octubre. Ponente: Ana María Jimena Calleja. Fuente: Aranzadi JUR\2021\400327 ECLI:ES:TSJM:2021:10799.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

9. STSJ Madrid CA 8ª nº 1198/2021, de 21 octubre. Ponente: Ana María Jimena Calleja. Fuente: Aranzadi JUR\2022\920 ECLI:ES:TSJM:2021:12000.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

10. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1235/2021, de 29 octubre. Ponente: María Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Fuente: Aranzadi JUR\2022\16606 ECLI:ES:TSJM:2021:12832.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

11. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1234/2021, de 29 octubre. Ponente: María Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Fuente: Aranzadi JUR\2022\17588 ECLI:ES:TSJM:2021:12687.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

12. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1233/2021, de 29 octubre. Ponente: María Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Fuente: Aranzadi JUR\2022\16188 ECLI:ES:TSJM:2021:12634.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

13. STSJ Madrid, CA 8ª nº 1424/2021, de 7 diciembre. Ponente: María Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Fuente: Aranzadi JUR\2022\46028 ECLI:ES:TSJM:2021:14330.

INDEMNIZACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 5/2018, DE 17 DE OCTUBRE, PARA LA PROTECCIÓN, RECONOCIMIENTO Y MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

14. STSJ País Vasco CA 1ª nº 450/2021, de 2 diciembre. Ponente: Trinidad Cuesta Campuzano. Fuente: Aranzadi JUR\2022\118211 ECLI:ES:TSJPV:2021:3548.

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA ORDEN, DE DIECISÉIS DICIEMBRE 2019, DEL DEPARTAMENTO DE CULTURA Y POLÍTICA LINGÜÍSTICA: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE DOPAJE.

15. SAP Barcelona 19ª nº 139/2021, de 18 marzo. Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Martínez Luna. Fuente: Aranzadi JUR\2021\153298 ECLI:ES:APB:2021:2727.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

16. AAP Barcelona 3ª nº 736/2021, de 16 julio. Ponente: Ilma. Sra. D. María del Carmen Martínez Luna. Fuente: Aranzadi JUR\2021\314265 ECLI:ES:APB:2021:7732A.

FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO, OFICIAL O MERCANTIL POR PARTICULAR.

17. SAP Navarra 3ª nº 3/2021, de 7 enero. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. Fuente: Aranzadi JUR\2021\108546 ECLI:ES:APNA:2021:3.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

18. SAP Navarra 3ª nº 323/2021, de 29 marzo. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\141425 ECLI:ES:APNA:2021:155.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

19. SAP Navarra 3ª nº 330/2021, de 30 marzo. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\141737 ECLI:ES:APNA:2021:293.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

20. SAP Navarra 3ª nº 356/2021, de 8 abril. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. Fuente: Aranzadi JUR\2021\258541 ECLI:ES:APNA:2021:1128.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

21. SAP Navarra 3ª nº 421/2021, de 22 abril. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\253711 ECLI:ES:APNA:2021:960.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

22. SAP Navarra 3ª nº 587/2021, de 17 mayo. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\255958 ECLI:ES:APNA:2021:862.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

23. SAP Navarra 3ª nº 683/2021, de 31 mayo. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\254005 ECLI:ES:APNA:2021:808.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

24. SAP Navarra 3ª nº 792/2021, de 16 junio. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\253284 ECLI:ES:APNA:2021:947.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

25. SAP Navarra 3ª nº 804/2021, de 18 junio. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\254515 ECLI:ES:APNA:2021:1123.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

26. SAP Navarra 3ª nº 830/2021, de 22 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\258732 ECLI:ES:APNA:2021:960.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

27. SAP Tarragona 3ª nº 145/2021, de 18 marzo. Ponente: Manuel Galán Sánchez. Fuente: Aranzadi JUR\2021\153214 ECLI:ES:APT:2021:290.

CONTRATO DE HOSPITALIZACIÓN. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

28. SAP Tarragona 3ª nº 241/2021 de 13 mayo. Ponente: Luís Rivera Artieda. Fuente: Aranzadi JUR\2021\222002 ECLI:ES:APT:2021:690.

ARRENDAMIENTO DE OBRA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

29. SJMerc de Palma (Provincia de Illes Balears) nº 53/2021, de 23 febrero. Ponente: Víctor Heredia del Real. Fuente: Aranzadi JUR\2021\203580 ECLI:ES:JMIB:2021:951.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO: DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA HERENCIA YACENTE O COMUNIDAD HEREDITARIA.

30. SJMerc de Palma (Provincia de Illes Balears), nº 54/2021 de 23 febrero. Ponente: Víctor Heredia del Real. Fuente: Aranzadi JUR\2021\203598 ECLI:ES:JMIB:2021:950.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO: DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA HERENCIA YACENTE O COMUNIDAD HEREDITARIA.

Alimentos, crisis matrimoniales, medidas respecto a los hijos y regímenes económicos

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. Las crisis matrimoniales y de pareja, junto con las sucesiones, son las materias que más casos aportan al Derecho interterritorial español. La crónica de este año no es una excepción, y nos encontramos con que, de nuevo, un número muy significativo de casos que han de tener en cuenta el carácter plural del Derecho español se conectan con crisis matrimoniales y de pareja. Aquí nos ocuparemos de estas crisis y también de los principales aspectos afectados por la crisis: regímenes económico-matrimoniales, alimentos y medidas respecto a los hijos. En relación a estos últimos aspectos, incluiremos también casos que no son de crisis matrimonial, sino de pareja; pero ello está justificado, porque las medidas que se adopten en relación a los alimentos de los hijos y las medidas en relación al ejercicio de las responsabilidades de los progenitores respecto a ellos tras la crisis, la regulación es la misma tanto si se trata de hijos matrimoniales como de hijos no matrimoniales.

Tal y como veremos, siguiendo la tendencia de los últimos años, se aprecia una notable mejora técnica en nuestra práctica, aunque, como veremos, todavía existen decisiones en las que se determina el Derecho aplicable en el conflicto interno de una manera intuitiva y prescindiendo de la consideración de la normativa pertinente. También es destacable la creciente presencia de casos en los que la determinación del Derecho español aplicable se plantea en el marco de un conflicto internacional. Este año, además, se comienza a apreciar la utilización de los mecanismos de solución de los conflictos internos por medio de instrumentos de origen internacional, de acuerdo con la remisión a estos que se ha introducido en varias normas de nuestro DIPr de origen interno, y a la que también se ha hecho mención en el apartado de esta crónica dedicado a la vecindad civil. Finalmente, mencionaremos que la práctica de los tribunales nos ha permitido llegar a los convenios reguladores acordados entre los cónyuges de cara a su separación, convenios en los que, como veremos, también hay espacio para las cuestiones de Derecho interterritorial. Veremos todo esto a continuación.

2. Comenzaremos por la forma en que se determina el Derecho español aplicable en aquellos casos en los que el caso se plantea en el marco de una situación privada internacional. En el año 2021 se dictó una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la de 17 febrero 2021 (ECLI: ES:TS:2021:532) que se ocupó de distintas cuestiones de DIPr con singular precisión y acierto. Entre ellas estaba la de determinación del Derecho español aplicable en relación a la pensión compensatoria en un caso de divorcio que presentaba conexiones con varios ordenamientos. La Sentencia identifica la normativa aplicable al caso; el Reglamento (CE) n° 4/2009 y, a partir de él llega al Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que conduce a la aplicación del Derecho español, y dentro de él al Derecho catalán por ser Cataluña el lugar de residencia de la acreedora de alimentos.

Como se ha avanzado, la Sentencia acierta en su solución. En primer lugar, en lo que se refiere a la identificación de la norma relevante, el Reglamento 4/2009, superando las dudas que en algún momento tuvo nuestra jurisprudencia sobre la consideración como alimentos, a efectos internacionales, de la pensión compensatoria. Más allá de las dudas sobre esta calificación a partir del Derecho civil español, cuando estamos ante un supuesto internacional ha de utilizarse una calificación autónoma, y si se trata de concretar el ámbito de aplicación material de instrumentos internacionales, ha de tenerse en cuenta el sentido y finalidad de estas normas. Y en lo que se refiere al Reglamento 4/2009, la inclusión en el

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

mismo de las reclamaciones basadas en el desequilibrio económico que resulta del fin de la relación matrimonial no parece plantear excesivas dudas (*vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2020, 11ª ed., p. 390 con abundantes referencias). Este Reglamento se ocupa tanto de la competencia judicial internacional como del Derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, la eficacia de las transacciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva y ciertas normas sobre cooperación administrativa y acceso a la justicia.

En lo que se refiere a la determinación del Derecho aplicable, el Reglamento se remite al Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en los Estados miembros vinculados por este instrumento. Es el caso de España y resto de Estados miembros de la UE (excepto Dinamarca), como consecuencia de la ratificación del Protocolo por la UE, una ratificación que afectaba no solo a la UE, sino también a sus Estados miembros, a excepción –como se acaba de indicar– de Dinamarca [<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1065&disp=resdn>], *vid.* la Decisión del Consejo, de 30 noviembre 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, DO L 331 de 16.12.2009).

De acuerdo con este Protocolo, y tal como indica la Sentencia, la ley aplicable será la de la residencia habitual del acreedor de los alimentos (art. 3), si bien cabe que en los casos de alimentos entre cónyuges y excónyuges se aplique otra ley si está más estrechamente conectada, especialmente si se trata de la ley del país de la última residencia habitual común (art. 5). Por lo que se indica en la Sentencia, aunque se alegó por el demandado el Derecho francés, no parece que se haya probado esa más estrecha conexión de la ley francesa con el caso, por lo que debería aplicarse el Derecho designado por el art. 3 del Reglamento; esto es, el Derecho español por ser España el país de la residencia habitual del acreedor. Este Derecho tampoco resultaría desplazado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que el acuerdo entre éstas se había limitado a pactar el régimen económico del matrimonio, sin extenderse a las compensaciones que pudieran resultar de la ruptura.

Una vez determinada la aplicación de la ley española, era necesario concretar el Derecho civil de nuestro país que debería ser utilizado para resolver la demanda planteada. En este punto la Sentencia es más parca, pues aunque menciona el art. 16.2º.a) del Protocolo y los arts. 16 y 9.7º Cc, no explicita el vínculo entre esos preceptos y la aplicación del Derecho catalán sobre la base de que la residencia habitual de la acreedora.

Estos preceptos conducirían, efectivamente, al Derecho catalán en tanto en cuanto el art. 16.2º del Protocolo prevé que la determinación de la ley aplicable en un Estado plurilegislativo ha de determinarse a partir de las reglas existentes en dicho Estado. En el caso de España, esas reglas son las contenidas en el art. 16 Cc que, como es sabido, remiten la solución de los conflictos internos a las normas de conflicto que regulan los conflictos internacionales. En nuestro caso, y tratándose de una cuestión que ha de calificarse como de alimentos, el precepto relevante sería el art. 9.7º Cc que en su redacción actual se remite expresamente al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007. Dado que el procedimiento que dio origen a la STS 17 febrero 2021 se inició en el año 2016 (Procedimiento Divorcio Contencioso nº 69/2016 del Juzgado de Primera Instancia, tal como indica la Sentencia) no existen dudas sobre la aplicación de la nueva redacción (fue introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 29.7. 2015; que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, tal como establece su disposición final vigesimoprimera). De acuerdo con esto, por tanto, del art. 16.2º del Protocolo iríamos al art. 16 Cc, de éste al art. 9.7º Cc y desde este último precepto de nuevo al Protocolo; con lo que la regla básica de este (residencia habitual del acreedor) debería ser aplicada para identificar el Derecho español aplicable lo que, como se ha adelantado, conduce a la normativa catalana.

La SAP Barcelona 23 marzo 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4549), en cambio, sí que detalla la forma en que el art. 16 Cc nos conduce al art. 9.7º Cc, que ahora remite al Protocolo de La Haya de 2007 y cómo éste permite determinar el Derecho aplicable también a los conflictos internos. Esta Sentencia también indica, sin hacer cuestión de ello, la aplicación de la norma de conflicto en materia de alimentos a la pensión compensatoria. Añade, sin embargo, que el principio de territorialidad llevaría al mismo resultado “La aplicación del principio de territorialidad nos lleva al mismo resultado”). Tal y como hemos destacado en crónicas anteriores, existe una tendencia, especialmente en tribunales catalanes, a descansar en el principio de territorialidad para justificar la aplicación del Derecho catalán por parte de los tribunales catalanes. En las secciones sobre articulación del Derecho estatal con la pluralidad normativa ya hemos indicado las razones que, a nuestro juicio, convierten en inconveniente la referencia a este principio de territorialidad que, de todas formas, ahora aparece con mucha menos frecuencia que hace unos años en las decisiones judiciales.

La SAP Barcelona 16 septiembre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:11944) también se ocupa de la determinación del Derecho español aplicable en un supuesto internacional; aunque en este caso, en lo que nos interesa, no se ocupa de una cuestión de alimentos, sino de la determinación del régimen económico del matrimonio. La solución a la que llega es correcta; pues tras utilizar el art. 9.2º Cc para entender aplicable el Derecho español, al no tener los cónyuges la misma nacionalidad y fijar su residencia inmediatamente después de la celebración en Cataluña. De esta manera, esa residencia permite identificar no solamente el Derecho español, sino también el catalán, aunque en esta ocasión la decisión ni menciona ni el art. 12.5º ni el art. 16 Cc ni hace explícito cómo opera éste en relación al art. 9.2º para identificar la ley española aplicable. La referencia a ambos preceptos hubiera sido conveniente, ya que el art. 16 Cc regula los conflictos internos y también la determinación del Derecho español aplicable en un supuesto internacional por la remisión que realiza el art. 12.5º Cc a las normas de conflicto del Derecho estatal aplicable.

Esta misma ausencia de referencia a los arts. 12.5º y 16 Cc se aprecia en la SAP Barcelona 30 de septiembre (ECLI:ES:APB:2021:10981), también en un supuesto internacional en el que es preciso, en primer lugar, identificar el Derecho estatal aplicable para, luego concretar dentro de España la ley aplicable. La Sentencia detalla cómo, a partir del art. 9.2º Cc, ha de aplicarse el Derecho español por no existir ni una ley personal común de los cónyuges en el momento de la celebración ni capitulaciones matrimoniales; lo que obliga a considerar la ley de la primera residencia del matrimonio tras la celebración. Podría matizarse que lo relevante no es que hubiera capitulaciones matrimoniales, sino la elección del Derecho aplicable a los efectos del matrimonio que prevé el art. 9.2º Cc y que no se identifica con las capitulaciones matrimoniales; pero resulta más relevante –y gratificante– destacar el detalle con el que se analiza el concepto de residencia habitual, cómo se diferencia de la mera estancia y cómo se proyecta sobre el caso concreto. Por lo ya apuntado, también acierta al identificar dentro de España el Derecho catalán como aplicable; pero, tal y como se ha adelantado, elude mencionar la norma relevante para esta operación, el art. 16º Cc.

3. En alguna decisión no se menciona el art. 16 Cc como antecedente necesario para la aplicación del art. 9.2º Cc a los conflictos internos. Así, en la SAP Barcelona 10 junio 2021 (ECLI: ES: APB:2021:6807), en la que conducen a Cataluña las tres conexiones del art. 9.2º Cc (vecindad civil común, primera residencia del matrimonio tras la celebración y lugar de celebración del matrimonio); pero son varias las que sí utilizan expresamente este art. 16 Cc. En concreto, la SAP Barcelona 23 septiembre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10625), llegándose en este caso al Derecho catalán por la vecindad civil común de ambos cónyuges. También la SAP Girona 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APGI: 2021:1325) en la que se aplica el Derecho común a partir de la diferente vecindad civil de los cónyuges y de que parece que la primera residencia del matrimonio tras la celebración se fijó en Andalucía. También la primera residencia del matrimonio –en este caso en Cataluña– sirve para identificar la ley rectora del régimen económico matrimonial en la SAP Guipúzcoa 8 noviembre 2021 (ECLI:ES:APSS:

2021:1909) en un caso en el que uno de los cónyuges era de vecindad civil catalana y el otro tenía la vecindad foral vasca.

Resulta un tanto confusa la SAP Tarragona 15 diciembre 2021 (ECLI:ES:APT:2021:2065). En esta decisión se concluye que el régimen económico del matrimonio viene determinado por la primera residencia del matrimonio tras la celebración (en este caso, Cataluña) dada la ausencia de ley personal común de los cónyuges. Ahora bien, de los datos que recoge la Sentencia se desprende que el esposo había nacido en Extremadura y en el momento de la celebración del matrimonio llevaba dos años de residencia en Cataluña. En el caso de la esposa, había nacido en Andalucía y solamente se trasladó a Cataluña tras la celebración del matrimonio. Parece, por tanto, que ambos cónyuges tenían la vecindad civil común en el momento de la celebración del matrimonio, por lo que no se entiende el recurso a la ley de la primera residencia del matrimonio tras la celebración. Podemos especular con que el juzgador entienda que al proceder de Comunidades Autónomas diferentes la ley personal de los cónyuges difiere; pero no tenemos elementos suficientes como para poder afirmar un error tan grueso en el juzgador.

Junto a estas decisiones encontramos aún otras en las que no se realiza una determinación rigurosa de la normativa que resuelve los conflictos internos. Ejemplo de ello es la SAP Ciudad Real 15 enero 2021 (ECLI:ES:APCR:2021:4) en la que ni siquiera se llega a precisar cuál es el Derecho rector de los efectos del matrimonio, conformándose con afirmar que “Las partes no cuestionan el régimen aplicable a los efectos del matrimonio, haciendo referencias en la demanda al art. 97 Cc y 233 CCCat, aunque igualmente cita la pensión compensatoria por el trabajo del art. 232 de la legislación civil autonómica”. Parece, por tanto, que el caso se decidió considerando las diversas normativas posibles y sin precisar de manera cerrada cuál resultaría aplicable. Se trata de una técnica que encontramos en alguna ocasión, y que se basa en la consideración simultánea de las distintas normativas posibles para determinar si conducen al mismo resultado, lo que llevaría a que, en la práctica, resultara innecesario determinar cuál de esas diferentes normativas es la que debe aplicarse. Por su parte, en la SAP Barcelona 15 julio 2021 (ECLI:ES:APB:2021: 8267) se concluye, en un alarde de economía argumentativa, que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes “por ostentar ambos cónyuges la vecindad civil catalana”. En la SAP Ourense 1 febrero 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:52) el centro vuelve a ser la vecindad civil; pero en este caso para excluir la aplicación del Derecho catalán al constatar que la vecindad civil catalana y sin considerar que había otras conexiones que podían llevar al Derecho catalán.

También nos encontramos con una decisión que de manera expresa se ocupa de la determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial a partir de la regulación preconstitucional, que otorgaba preferencia a la ley personal del marido. Se trata de la SAP Islas Baleares 12 julio 2021 (ECLI:ES:APIB:2021:1979) de la que también nos ocupamos en la sección de vecindad civil, a la que nos remitimos. Aquí basta apuntar que dado que el matrimonio se había celebrado en 1969, el régimen económico del matrimonio venía determinado por la redacción originaria del Código civil, y no por la que resulta del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sanciona el texto articulado del Título Preliminar del Código civil. Se sigue así sin plantear siquiera dudas sobre ello el principio de acuerdo con el cual el régimen del matrimonio tiene que quedar fijado en el momento de la celebración, de tal manera que no se considerarán las modificaciones posteriores de la norma de conflicto vigente en aquel momento. Este principio es seguido de manera casi unánime por la práctica española; y aunque es un principio que favorece la seguridad jurídica y que también inspira actualmente a la regulación de la UE, no por ello hemos de desconocer que no hay nada en la naturaleza de las cosas que impida una solución diferente que conduzca a la mutabilidad del régimen económico del matrimonio.

4. Merecen un tratamiento especial las normas autonómicas que determinan unilateralmente el ámbito de aplicación territorial o personal del Derecho foral y que han tenido una presencia relevante en nuestra jurisprudencia desde hace tiempo. En el año 2021, y tal como viene sucediendo en los últimos años, es la Ley Vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, la que ha tenido una mayor visibilidad. Así, en las SSAP Álava 21 enero

2021 (ECLI:ES:APVI:2021:102) y 17 mayo 2021 (ECLI:ES:APVI: 2021:532) se aplica la mencionada Ley a partir de la vecindad vasca de los progenitores sin tener en cuenta en absoluto las normas estatales de conflicto de leyes, que hubieran debido ser tenidas en cuenta. A salvo que se entienda que la mencionada ley tan solo puede aplicarse a los progenitores con vecindad civil vasca, de tal manera que en aquellos casos en los que la normativa conflictual conduzca al Derecho vasco, pero no se dé el requisito de vecindad, debería aplicarse el Derecho común. Entenderlo así nos llevaría a considerar el Derecho foral como un privilegio basado en la vecindad. Así se ha interpretado en otro contexto en materia de sucesiones, y remitimos al comentario a dicha materia para profundizar en ello; pero aquí debe apuntarse que nos parece una aproximación incorrecta, porque supondría tanto como permitir al legislador autonómico que estableciera regulaciones diferenciadas para los mismos supuestos en función del grado de relación del caso con la Comunidad Autónoma. Entendemos preferible interpretar que el legislador autonómico ha de regular, en principio, los supuestos internos a su Comunidad Autónoma y que la forma en que esa regulación se extienda a los supuestos heterogéneos, dependerá de las opciones del legislador estatal, que es quien tiene la competencia exclusiva en materia de conflictos de leyes (art. 149.1.8ª CE).

5. Se plantean también algunos problemas de calificación, tanto en lo que se refiere a la normativa aplicable a la prescripción como en relación a la acción de reembolso en relación a los gastos realizados en la vivienda común. De esta última cuestión se ocupa la SAP Huesca 4 octubre 2021 (ECLI:ES:APHU:2021:451), donde se trataba de determinar si los gastos realizados en la vivienda familiar, que era copropiedad de los cónyuges, siendo su régimen económico matrimonial el de separación de bienes del Derecho catalán; debían ser considerados como gastos familiares o, por el contrario, merecían una calificación real. La distinción era importante, porque en caso de calificarse como familiares, el reparto de dichos gastos se haría de acuerdo con lo previsto en el Derecho catalán que regía los efectos del matrimonio, mientras que una calificación real conduciría al Derecho aragonés en tanto que el inmueble se hallaba en Aragón y, en ausencia de normas aragonesas sobre ese extremo, al Derecho común. Bien es verdad que esta divergencia no conducía en la práctica a un resultado distinto, ya que tanto el Derecho común como el catalán preveían que en el caso de ser gastos familiares la distribución tendría que hacerse en función de los ingresos mientras que de recibir una calificación real la distribución tendría que hacerse a partes iguales en función de la titularidad del bien. Esto es, la calificación, aunque formalmente implicaba también una opción por uno u otro Derecho español, en realidad resultaba relevante para el resultado material, porque tanto uno como otro Derecho ofrecían la misma solución material. Al final, la Audiencia optó por calificarlo como gastos familiares. Veremos si en los próximos años, y ante problemas parecidos, se mantiene la misma calificación.

Finalmente, también hay alguna decisión que se ocupa de cuestiones de prescripción. En la sección dedicada a la articulación del Derecho estatal con la pluralidad legislativa española se encuentran más ejemplos de casos de prescripción, que se ha convertido en uno de los puntos de debate más interesantes en el Derecho interterritorial. Aquí no entraremos en el detalle del problema, para el que nos remitimos a la mencionada sección de articulación entre los diferentes Derechos españoles, tanto en esta crónica como en la de años anteriores; pero sí que mencionaremos en qué casos se ha planteado esta duda sobre el derecho aplicable a la prescripción en casos de crisis matrimoniales.

En el AAP Barcelona 18 enero 2021 (ECLI:ES:APB:2021:239A) nos encontrábamos ante una reclamación de alimentos tras la extinción de una unión estable de pareja. En este caso la extinción de la unión se había realizado a partir de la regulación catalana (Ley 10/98 del Parlamento de Cataluña), considerándose que este argumento era fundamento para que también las reglas sobre prescripción fueran las previstas en el Derecho catalán. En la Sentencia, también de la AP de Barcelona 16 febrero 2021 (ECLI:ES:APB:2021:1478), en cambio, se aplica el Derecho catalán en materia de prescripción no porque el régimen económico del matrimonio se rija por el Derecho catalán, sino en virtud del

principio de territorialidad, de acuerdo con una línea jurisprudencial que ha ido consolidándose. No obstante, cabe apuntar que esta jurisprudencia (para cuyo análisis nos remitimos a las crónicas de años anteriores) se centraba en aquellos casos en los que la relación sobre la que se proyectaba la prescripción no estaba regida por el Derecho catalán, sino por el común. Esto es, más que pensando en supuestos conectados con diversos Derechos españoles, casos en los que no había dudas sobre la vinculación con el Derecho catalán, pero nos encontrábamos con que la institución en concreto no había sido regulada por el legislador catalán y, por tanto, se aplicaba el Derecho común. En este contexto podría tener más sentido la aplicación del Derecho catalán sobre prescripción, en función del principio de territorialidad –como suele afirmar la jurisprudencia– o sobre la base que la regulación catalana de la prescripción no tiene voluntad de limitarse a aquellas materias para las que el legislador catalán goza de competencia. En los supuestos conectados con diversos ordenamientos españoles quizás fuera conveniente, antes de concluir con la aplicación de la normativa catalana sobre prescripción, averiguar si el caso ha de ser resuelto por el Derecho catalán. En esta interpretación encajaría la doctrina de la Sentencia que hemos visto en la SAP Barcelona 18 enero 2021.

6. Finalmente, hemos incluido varias decisiones que recogen convenios reguladores pactados entre los cónyuges [SJPI nº 7 de Girona 30 julio 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1733), SJPI nº 6 de Girona 14 octubre 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1720), SS JPI Aoiz (Provincia de Navarra) 22 marzo 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:246) y de 28 julio 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:567) y SKPI Tafalla (Provincia de Navarra) de 4 mayo 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1191) y 1 septiembre 2021 (ECLI:ES:JPII:2021: 1277)].

En varias de estos convenios se determina el Derecho aplicable a partir de la vecindad civil de los cónyuges (SJPI nº 7 de Girona de 30 julio 2021, SJPI nº 6 de Girona de 14 octubre 2021, SJPI Tafalla 1 septiembre 2021), al que se unen en algunos casos otras circunstancias (JPI Aoiz (Provincia de Navarra) 28 julio 2021, donde se indica que los cónyuges poseían vecindad civil navarra, el matrimonio se había celebrado en Pamplona y se había inscrito en dicha ciudad). En otro caso, sin embargo, al excluir al vecindad civil foral, se aplica directamente el Código Civil (SJPI Aoiz (Provincia de Navarra) 22 marzo 2021) y en otra de las decisiones se produce una cierta confusión, puesto que se indica que en el momento de contraer matrimonio ambos cónyuges eran de vecindad civil común, pero habían adquirido con posterioridad la vecindad civil navarra, habiendo procedido a otorgar capitulaciones, optando en ellas por el régimen de separación de bienes; aunque dejando para un momento posterior la liquidación de la sociedad matrimonial de conquistas (SJPI Tafalla (Provincia de Navarra) 4 mayo 2021). El relato no es coherente, puesto que, si en el momento de contraer matrimonio ambos cónyuges tenían vecindad civil común, el régimen económico del matrimonio está regido por el Derecho común, por lo que, en su caso, entre ellos, se habría constituido una sociedad de gananciales, no de conquistas (Derecho navarro). Cuestión distinta es que, con posterioridad, y teniendo ya vecindad civil navarra no pudieran otorgar capitulaciones de acuerdo con lo previsto en ese Derecho (art. 9.3º Cc). Ahora bien, esas capitulaciones supondrían la disolución de la comunidad previa que, por las razones apuntadas, sería la de gananciales Cc y no la de conquistas del Derecho navarro.

7. Vemos, pues, que las crisis de pareja y los problemas que se plantean en torno a ellas siguen siendo un elemento nuclear en la práctica del Derecho interterritorial español. Se advierte, además, una mejora técnica, que se traduce en decisiones mejor argumentadas y más atentas a los matices. Aún se encuentran decisiones que optan por soluciones intuitivas o sin consideración de la normativa aplicable, pero, en general, ha de valorarse positivamente la evolución de la jurisprudencia en esta materia.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. STS Civ 1ª nº 89/2021, de 17 de febrero. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Fuente: Aranzadi RJ2021\460. ECLI:ES:TS:2021:532.

DIVORCIO. PENSIÓN COMPENSATORIA. COMPETENCIA JUDICIAL, CONFLICTO DE LEYES Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

2. ATS Civ 1ª 16 junio 2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Fuente: Aranzadi JUR2021\206444 ECLI:ES:TS:2021:8271A.

DIVORCIO. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL

3. ATS Civ 1ª 6 octubre 2021. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Fuente: Aranzadi RJ2021\4502. ECLI:ES:TS:2021:12908A.

CUSTODIA DE MENORES. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. INTERÉS DEL MENOR.

4. SAP Álava 1ª nº 40/2021, 21 de enero. Ponente: David Losada Durán. Fuente: Aranzadi JUR2021\138140. ECLI:ES:APVI:2021:102.

DIVORCIO. RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES. UTILIZACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. APLICACIÓN DEL DERECHO VASCO.

5. SAP Álava 1ª nº 418/2021, 17 de mayo. Ponente: Emilio Ramón Villalaín Ruiz. Fuente: Aranzadi JUR2021\259332. ECLI:ES:APVI:2021:532.

DIVORCIO. RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES. UTILIZACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. APLICACIÓN DEL DERECHO VASCO.

6. AAP Barcelona 12ª nº 22/2021, 18 de enero. Ponente: María Gema Espinosa Conde. Fuente: Aranzadi JUR2021\80564. ECLI:ES:APB:2021:239A.

ALIMENTOS. PRESCRIPCIÓN.

7. SAP Barcelona 14ª nº 64/2021, 16 de febrero. Ponente: Antonio José Martínez Cendan. Fuente: Aranzadi JUR2021\119290. ECLI:ES:APB:2021:1478.

ALIMENTOS. PRESCRIPCIÓN

8. SAP Barcelona 18ª nº 178/2021, 23 de marzo. Ponente: Mª José Pérez Tormo. Fuente: Aranzadi JUR2021\196067. ECLI:ES:APB:2021:4549.

DIVORCIO. ALIMENTOS. CONFLICTOS INTERNOS.

9. SAP Barcelona 12ª nº 360/2021, 10 de junio. Ponente: María Isabel Tomás García. Fuente: Aranzadi JUR\2021\271910. ECLI:ES:APB:2021:6807.

DIVORCIO. COMPENSACIÓN POR RAZÓN DEL TRABAJO.

10. SAP Barcelona 18ª nº 498/2021, 15 de julio. Ponente: María José Pérez Tormo. Fuente: Aranzadi JUR\2021\309255. ECLI:ES:APB:2021:8267.

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.

11. SAP Barcelona 18ª nº 558/2021, 16 de septiembre. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Fuente: Aranzadi JUR\2021\381320. ECLI:ES:APB:2021:11944.

DIVORCIO, DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. CÓNYUGES EXTRANJEROS.

12. SAP Barcelona 12ª nº 494/2021, 23 de septiembre. Ponente: María Isabel Tomás García. Fuente: Aranzadi JUR\2021\360104. ECLI:ES:APB:2021:10625.

DIVORCIO. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DEL TRABAJO. PRESTACIÓN COMPENSATORIA.

13. SAP Barcelona 13ª nº 569/2021, 30 de septiembre. Ponente: Mª Angeles Gomis Masque. Fuente: Aranzadi JUR\2021\363307. ECLI:ES:APB:2021:10981.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. CONFLICTOS INTERNACIONALES E INTERNOS. DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA A EFECTOS DEL ART. 9.2º CC.

14. SAP Ciudad Real 1ª nº 12/2021, 15 de enero. Ponente: Mª Pilar Astray Chacón. Fuente: Aranzadi JUR\2021\100080. ECLI:ES:APCR:2021:4.

DIVORCIO. PENSIÓN DE EQUILIBRIO ECONÓMICO.

15. SAP Girona 2ª nº 406/2021, 20 de octubre. Ponente: Jaime Masfarre Coll. Fuente: Aranzadi JUR\2021\391849. ECLI:ES:APGI:2021:1325.

LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

16. SAP Guipúzcoa 2ª nº 1468/2021, 8 de noviembre. Ponente: Felipe Peñalba Otaduy. Fuente: Aranzadi JUR\2022\128959. ECLI:ES:APSS:2021:1909.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

17. SAP Huesca 1ª nº 296/2021, 4 de octubre. Ponente: José Julián Nieto Avellaned. Fuente: Aranzadi JUR\2022\35864. ECLI:ES:APHU:2018:451.

GASTOS FAMILIARES. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

18. SAP Islas Baleares 3ª nº 326/2021, 12 de julio. Ponente: Jaime Gibert Ferragut. Fuente: Aranzadi JUR\2021\316401. ECLI:ES:APIB:2021:1979.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL.

19. SAP Ourense 1ª nº 42/2021, 1 de febrero. Ponente: Josefa Otero Seivane. Fuente: Aranzadi JUR\2021\122280. ECLI:ES:APOU:2021:52.

PENSIÓN COMPENSATORIA.

20. SAP Tarragona 1ª nº 836/2021, 15 de diciembre. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\110828. ECLI:ES:APT:2021:2065.

PENSIÓN COMPENSATORIA. LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

21. SJPI nº 7 de Girona nº 235/2021, 30 de julio. Ponente: Thais Pelleja Martín. Fuente: Aranzadi JUR\2021\380615. ECLI:ES:JPI:2021:1733.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. PLAN DE PARENTALIDAD.

22. SJPI nº 6 de Girona nº 370/2021, 14 de octubre. Ponente: Ingrid Lloveras Poch. Fuente: Aranzadi JUR\2021\377495. ECLI:ES:JPI:2021:1720.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

23. SJPI Aoiz (Provincia de Navarra) 22 marzo 2021. Ponente: Elena Fernández Huerta. Fuente: Aranzadi JUR\2021\142347. ECLI:ES:JPII:2021:246.

MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. DERECHO APLICABLE.

24. SJPI Aoiz (Provincia de Navarra) 28 de julio. Ponente: María Teresa Santos Alonso. Fuente: Aranzadi JUR\2021\307872. ECLI:ES:JPII:2021:567.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

25. SJPI Tafalla (Provincia de Navarra) 4 mayo 2021. Ponente: María Laguna Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2022\180998. ECLI:ES:JPII:2021:1191.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

26. SJPI Tafalla (Provincia de Navarra) 1 septiembre 2021. Ponente: María Laguna Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2022\180694. ECLI:ES:JPII:2021:1277.

DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Sucesiones y donaciones

Albert FONT I SEGURA*

1. Como es sabido, es en materia de sucesiones, junto con los derechos y deberes de familia, donde más resuena el eco de la pluralidad normativa. Es también el ámbito en el que se mantiene incólume la vecindad civil como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable, pero solo cuando de conflictos internos de leyes se trata. Tan arraigada está esta conexión que con frecuencia no se cita el art. 9.8º Cc como norma que determina la ley aplicable ante un conflicto interno de leyes. Así, la mayor parte de sentencias gira en torno a la indicación del mencionado criterio para establecer la ley aplicable o a la determinación de la posesión de una determinada vecindad civil. Puede citarse, en este sentido, la SAP Barcelona 16ª de 9 marzo, ECLI:ES:PB: 021:2691 (en la que se determina que el causante poseía la vecindad civil común, por lo que la sucesión se rige por el Código Civil, de manera que los derechos de los legitimarios no pueden calificarse, propiamente, como derecho de crédito); el AAP Zaragoza 5ª 17 marzo, ECLI:ES: PZ: 021:315 (se admite el recurso para dar trámite a la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria conforme al art. 348 CDF Aragón, que prevé un plazo de 30 días desde que se haya producido la delación par que se interpele a los llamados a la herencia del causante con el fin de que manifiesten si la aceptan o la repudian; la delación se rige por la ley aragonesa dado que, aunque el fallecido nació en Guadalajara, residió más de 10 años en Aragón, por lo que la vecindad civil sería la aragonesa); la SAP Barcelona 11ª 12 mayo, ECLI:ES:APB:2021:4989 (donde se acredita que la causante residió durante más de diez años en Cataluña, adquiriendo la vecindad catalana, al no constar que efectuase declaración en contrario); la SAP Barcelona 13ª 4 noviembre, ECLI:ES:APB:2021:12436 (confirmando la determinación de la vecindad civil de la causante por parte del Notario cuando aquel otorgó testamento, al tener en cuenta la declaración del compareciente, los documentos aportados en el momento del otorgamiento, de los que resultaba la residencia continuada de la causante durante más de diez años en Cataluña antes de su fallecimiento, de forma que existía constancia suficiente de la vecindad civil catalana de la causante).

2. La vecindad civil en materia sucesoria despliega una función crucial en los conflictos interterritoriales, como antes lo hacía también en los conflictos internacionales. El Reglamento 650/2012, sin embargo, ha comportado un giro radical al establecer que la ley que rige la sucesión es la de la residencia habitual en el momento de fallecer, a falta de elección de ley. La sucesión de los españoles con residencia habitual en el extranjero al fallecer ya no queda así regulada por la ley de la nacionalidad, salvo que el causante hubiera elegido tal ley. Obviamente, cuando el causante español resida de forma habitual en España se aplicará una ley española, la que se corresponda con su vecindad civil, como consecuencia de la remisión realizada en el art. 36 Reglamento 650/2012 (*vid.*, en general, sobre la regulación de la remisión a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012, G. Christandl, “Multi-unit States in European Union Private International Law”, *J. Priv. Int’l L.*, 2013, 2, pp. 219–244; P. Quinzá Redondo y G. Christandl, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 3/2013; A. Calatayud Sierra, “El Reglamento sobre sucesiones y el Derecho Internacional Español: dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje”, *Revista de Derecho civil aragonés*, 2013, pp. 125–145; A. Font i Segura, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal, (coord.), Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, pp. 75–121; S.

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra

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. 7–28; N. Magallón Elósegui, “El reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos”, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Bilbao: Parlamento Vasco, 2016, pp. 285–299; M.E. Ginebra Molins, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos. La ‘ley española’ aplicable a la sucesión y a la validez formal de las disposiciones mortis causa”, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Barcelona: Marcial Pons, 2016, pp. 237–262; y Estados plurilegislativos”, *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones. Nuevas perspectivas del Derecho de sucesiones* (C. Villó Travé, dir), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 226–232; M.E. Ginebra Molins, “El Dret civil català i el Reglament europeu de successions”, *Els Reglaments europeus i l’evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.), Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona – Girona: Documenta Universitaria, 2019, pp. 371–378; J.J. Pérez Milla, *El espacio del derecho interregional tras los Reglamentos de la unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2019; A. Font i Segura, “El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa del ordenamiento español”, *Sucesiones mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales* (A. Lara Aguado, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 297–318). Mayor controversia suscita la determinación de la ley aplicable a la sucesión, o a la validez de los instrumentos que canalizan la voluntad, del causante extranjero con residencia habitual en España. La complejidad del art. 36 Reglamento 650/2012 aunada a la, todavía mayor, complejidad del sistema de Derecho interterritorial español, con normas estatales y normas autonómicas –de cuya constitucionalidad cabe dudar–, han propiciado una pugna entre la DGFPySJ y los tribunales de la que ya dimos cuenta en la Crónica del tomo anterior al anotar la SAP IB, sentencia nº 529/2020 de 30 diciembre, ECLI:ES:APIB:2020:2608) y la DGRN de 24 mayo 2019. La cuestión controvertida consistía en admitir o rechazar que los extranjeros con residencia habitual en Mallorca pudieran otorgar un pacto de definición considerando que el art. 50 CDCIB exige que el otorgante posea la vecindad mallorquina. Cabe dudar seriamente de la constitucionalidad del precepto, pero lo cierto es que en supuestos interregionales no se aparta de lo previsto en el art. 9.8º Cc, según interpretación mayoritaria, lo que explica que en la sentencia de la AP IB 3ª de 28 septiembre, ECLI:ES:APIB:2021:2205, se haga referencia a la negativa del Registro a inscribir un pacto sucesorio por falta de vecindad civil ibicenca. Distinto es, como decía, en supuestos internacionales en los que el causante u otorgante es extranjero y tiene su residencia habitual en Mallorca (arts. 50 y 51 CDCIB), Ibiza y Formentera (art. 77 en relación con los arts. 50 y 51), y Menorca (art. 65). Se trata de un tema con muchas aristas que ha sido resuelto por la STSJ las Islas Baleares CP 1ª de 14 mayo, ECLI:ES:TSJBAL:2021:460 pronunciándose claramente en favor de esta posibilidad, en aplicación del art. 36.2 del Reglamento 650/2012. La sentencia, que no tiene desperdicio, ha sido brillantemente comentada en la Sección de Varia del presente tomo del AEDIPr por J. Horrach a la que nos remitimos.

3. De forma recurrente surge en materia sucesoria la cuestión del fraude. La relativa facilidad con la que se puede adquirir la vecindad civil puede proporcionar una cómoda vía para obtener la aplicación de una ley favorable a los intereses del causante. Se trata de una cuestión polémica, como hemos puesto de manifiesto en este y otros lugares. No obstante, no es extraño encontrar alguna sentencia en la que se invoca el fraude para impedir la aplicación de una ley cuya aplicación procedía por la de la vecindad civil del causante al fallecer. Este es el caso de la SAP Álava 1ª 28 junio, ECLI:ES:APVI:2021:612, en la que, bajo un aparente cumplimiento de las normas, se adquirió la vecindad de Ayala por residencia continuada de dos años conforme al art. 14.5.1º Cc, lo que permitió al causante acogerse a la sucesión conforme al Fuero de Ayala, apartar de la sucesión a sus hijos, y eludir el cumplimiento de las normas imperativas sobre de la legítima de los descendientes. El caso es interesante porque se plantea también

cuál era la vecindad civil del causante al fallecer y, por tanto, cuál era la ley eludida, en el caso en cuestión, la vasca de Vizcaya y no el Derecho civil común.

4. En cualquier caso, la ley de la vecindad civil del causante no rige, sin embargo, la capacidad del heredero. Así se pone de manifiesto en el AAP Álava 1ª 23 marzo, ECLI:ES:APVI:2021:150A, en un supuesto sucesorio en el que se da la circunstancia de que la heredera era incapaz y que el objeto del litigio se refiere a la pretensión de la tutora de aceptar la herencia en nombre de la incapaz sin beneficio de inventario, con los riesgos que de ello se podrían derivar para la heredera. El causante tenía vecindad civil vasca, pese a haber nacido en Burgos, pero la heredera no parecía tener la vecindad civil vasca, al residir en Miranda de Ebro. Por ello, se aplica el Código civil.

5. Otra de las cuestiones, clásicas del Derecho internacional privado, que en ocasiones genera conflicto es la de la delimitación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, por una parte, y al fenómeno sucesorio, por otra parte. Este es el tema planteado ante el TS, litigio en el que los recurrentes mantienen que el testamento mancomunado otorgado en 1971 modificó el régimen de gananciales, sujeto al Derecho civil común, del matrimonio celebrado en 1939. La tesis de los actores, después recurrentes, es que el régimen matrimonial no podía alterarse dado el principio de inmutabilidad del mismo y que su modificación estaba prohibida. Sustentan los recurrentes que el legado de usufructo universal y la fiducia sucesoria estipuladas en el testamento mancomunado suponen una alteración del régimen matrimonial. El ATS Civ 1ª 24 marzo 2021, ECLI:ES:TS:2021:3855ª, indicando la corrección de las consideraciones tanto de la AP como del tribunal de primera instancia, señala que, por lo que se refiere al legado de usufructo universal, en la discordancia existente entre los arts. 9.8º.III (remisión al art. 9.2º Cc) y 16.2º (atribución del usufructo viudal al cónyuge sobreviviente cuando el premuerto “tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”) Cc, el art. 16.2º Cc prevalece sobre el art. 9.8º Cc, “al contemplar un conflicto específico que mereció un tratamiento legislativo propio” y, aun en el caso de que prevaleciera el art. 9.8º Cc, se trata de una disposición mortis causa de carácter voluntario que debe quedar sujeto a la *lex successionis*, sin que el último inciso pueda ser aplicado al referirse a los derechos que “por ministerio de la ley” se atribuyan. Luego, no procede la remisión al art. 9.2º Cc que comportaría la aplicación del Derecho civil común. Por lo que se refiere a la estipulación relativa a la fiducia sucesoria, los otorgantes tenían ya la vecindad aragonesa al otorgar el testamento mancomunado que contenía tal cláusula, de forma que lo que corresponde es liquidar el régimen de gananciales conforme al Derecho civil común y regir la sucesión, incluyendo el legado de usufructo universal y la fiducia sucesoria –compatible con la legítima colectiva–, por la ley aragonesa.

6. Los derechos sucesorios de del conviviente sobreviviente es la cuestión que asoma en la SAP Barcelona 13ª 17 diciembre, ECLI:ES:APB:2021:15777, si bien la AP niega la convivencia *more uxorio* entre el difunto y la conviviente sobreviviente al no concurrir el tiempo legalmente requerido, lo que determinó que no pudieran ser reconocidos los derechos sucesorios pretendidos. La actora, interpuso demanda de juicio de desahucio por precario de la finca heredada de su padre contra la que alegó haber sido pareja estable de su padre. La conviviente sobreviviente sostuvo que, como pareja de hecho del padre de la propietaria le correspondía el derecho sucesorio previsto en Derecho catalán llamado *any de plor*, lo que le permitiría continuar viviendo en el mismo domicilio y alimentada a cargo del patrimonio del causante durante el año siguiente a su fallecimiento. Evidentemente, si se consideró probado que no hubo tal convivencia no pudo gozar de tal derecho sucesorio, pero lo que debe quedar claro es que si la hubiera habido, y al tener el causante vecindad civil catalana al fallecer, la pareja de hecho podía haber planteado la invocación de tal derecho sucesorio, con independencia de que fuera extranjera (venezolana) y no pudiera poseer la vecindad civil catalana, como alega la demandante. La cuestión que se habría suscitado es qué norma de conflicto debería haberse aplicado, el primer inciso del art. 9.8º Cc, *lex successionis*, o el tercer inciso del art. 9.8º Cc, al ser *l'any de plor* un Derecho sucesorio *ex lege*, lo que hubiera conducido al art. 9.2º Cc. En el sistema conflictual interterritorial

español no se da acomodo a las parejas estables como categoría tipo a la que designar una ley aplicable y – sorprendentemente, o no tanto – continúa persistiendo este problema.

7. Dedicaremos, por último, un breve apartado para anotar los problemas que suscita la aplicación de la LDCPV. El más acuciante es el que se plantea con cierta frecuencia todavía en relación a supuestos de Derecho transitorio, como se ha puesto de manifiesto en crónicas anteriores. Se trata, en realidad, de conflictos intertemporales más que de conflictos de leyes, pero el criterio seguido es el de aplicar la ley vigente en el momento de defunción del causante, lo que puede derivar en la aplicación de un Derecho civil distinto al vasco, dada la extensión del ámbito territorial y personal del mismo mediante la LDCPV 5/2015. No obstante, en el caso resuelto por la SAP Vizcaya 3ª 21 octubre, ECLI:ES:APBI:2021:3002, relativa a la determinación de la ley aplicable a las operaciones divisorias a realizar por parte del contador partidor, esta cuestión se ve fácilmente resuelta dado que la causante falleció estando ya vigente la LDCPV 5/2015 el día 22 septiembre 2017. Cabe reseñar también el auto anteriormente reseñado en el punto 4, AAP Álava 1ª 23 marzo, ECLI:ES:APVI:2021:150ª, relativo a la aceptación sin beneficio de inventario en representación de la heredera incapaz, de aparente vecindad civil común. La solución alcanzada llama la atención porque en esta resolución el precepto de referencia es el art. 10 LDCPV, que delimita el ámbito de aplicación del Derecho civil vasco a todas las personas que tengan vecindad civil vasca, en lugar de considerar las normas de conflicto correspondientes, esto es el art. 9.8º Cc y, especialmente, el art. 9.1º Cc. El art. 10 LDCPV también es considerado en la SAP Álava 1ª 2 septiembre, ECLI:ES:APVI:2021:932, y, aunque se aplica el derecho civil común, dado que la causante nació en Navas del Madroño (Cáceres), localidad en la que tuvo su residencia hasta algo más de un año antes de su fallecimiento, únicamente se refiere al art. 14 Cc, para justificar la no aplicación del derecho civil vasco, y en ningún momento aplica el art. 9.8 CC. Por fin, debe incluirse la SAP Vizcaya 5ª 28 diciembre, ECLI:ES:APBI:2021:3701, que se pronuncia sobre un supuesto en el que rige la troncalidad (recordándonos el art. 68 nº 2 del citado texto legal que una vez constituida la troncalidad, aquellos, tengan o no vecindad civil vasca, mantienen su derecho de preferencia en cualquier acto de disposición que haga el titular tanto inter vivos, como mortis causa, reconociéndose a tales, la posibilidad de solicitar la anulación en el plazo de caducidad de cuatro años desde que tuvieran conocimiento del acto de disposición, y en todo caso, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, estando, por ello, ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical o absoluta (art. 69 nº 2 LDCV), siendo tal la acción ejercitada en plazo en la demanda presentada el día 17 julio 2017, tras haber fallecido el Sr. Marcos el día 7 noviembre 2016)

RELACIÓN DE DECISIONES

1. ATS Civ 1ª 24 marzo 2021. Ponente: Francisco Marín Castán. Fuente: Aranzadi JUR\2021\109814 ECLI:ES:TS:2021:3855A.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUCESIÓN: DISCORDANCIA EN RELACIÓN A LA LEY APLICABLE.

2. STSJ Islas Baleares CP 1ª nº 1/2021, de 14 mayo. Ponente: Antonio José Terrasa García. Fuente: Aranzadi RJ\2021\4631 ECLI:ES:TSJBAL:2021:460.

SUCESIÓN. PACTO SUCESORIO. DETERMINACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA APLICABLE AL PACTO SUCESORIO.

3. AP de Álava 1ª Auto nº 46/2021, de 23 marzo. Ponente: Mercedes Guerrero Romeo. Fuente: Aranzadi JUR\2021\215557 ECLI:ES:APVI:2021:150A.

ACEPTACIÓN DE HERENCIA EN NOMBRE LA INCAPAZ. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

4. SAP de Álava 1ª nº 529/2021, de 28 junio. Ponente: Iñigo Madaria Azcoitia. Fuente: Aranzadi JUR\2021\323329 ECLI:ES:APVI:2021:612.

TESTAMENTO: NULIDAD. FRAUDE DE LEY: VECINDAD CIVIL. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN: DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

5. SAP Álava 1ª nº 657/2021, de 2 septiembre. Ponente: Silvia Víñez Argüeso. Fuente: Aranzadi JUR\2022\45527 ECLI:ES:APVI:2021:932.

SUCESIÓN: DESHEREDACIÓN. VECINDAD CIVIL COMÚN.

6. SAP Barcelona 16ª nº 111/2021, de 9 marzo. Ponente: Inmaculada Zapata Camacho. Fuente: Aranzadi JUR\2021\153740 ECLI:ES:APB:2021:2691.

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. LEGITIMARIA. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN: DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

7. SAP Barcelona 11ª nº 319/2021, de 12 mayo. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo. Fuente: Aranzadi JUR\2021\219596 ECLI:ES:APB:2021:4989.

SUCESIÓN. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN.

8. SAP Barcelona 13ª nº 641/2021, de 4 noviembre. Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fuente: Aranzadi JUR\2022\27293 ECLI:ES:APB:2021:12436.

CALIFICACIÓN NEGATIVA REGISTRAL: RECURSO. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA LEY APLICABLE.

9. SAP Barcelona 13ª nº 728/2021, de 17 diciembre. Ponente: Ilma. Sra. María del Pilar Ledesma Ibañez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\112328 ECLI:ES:APB:2021:15777.

DESHAUCIO: DERECHOS SUCESORIOS DEL MIEMBRO SOBREVIVIENTE DE LA PAREJA DE HECHO. FALTA DE VECINDAD CIVIL DEL MIEMBRO SOBREVIVIENTE DE LA PAREJA DE HECHO POR SER DE NACIONALIDAD EXTRANJERA. FALTA DE CONVIVENCIA *MORE UXORIO*.

10. SAP Islas Baleares 3ª nº 402/2021, de 28 septiembre. Ponente: Ana Calado Orejas. Fuente: Aranzadi JUR\2021\358551 ECLI:ES:APIB:2021:2205.

SUCESIÓN: DIVISIÓN DE LA HERENCIA. PACTO SUCESORIO: EL CAUSANTE SE RESERVÓ LA PLENA PROPIEDAD. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

11. SAP Vizcaya 3ª nº 307/2021, de 21 octubre. Ponente: Ángel Manuel Merchán Marcos. Fuente: Aranzadi JUR\2022\88872 ECLI:ES:APBI:2021:3002.

SUCESIÓN: DIVISIÓN DE LA HERENCIA. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

12. SAP Vizcaya 5ª nº 324/2021, de 28 diciembre. Ponente: Ilma. Sra. Leonor Ángeles Cuenca García. Fuente: Aranzadi JUR\2022\158012 ECLI:ES:APBI:2021:3701.

SUCESIÓN. TRONCALIDAD. NULIDAD CLÁUSULA TESTAMENTARIA. VECINDAD CIVIL DE LOS PARIENTES TRONQUEROS.

13. AAP Zaragoza 5ª Auto nº 39/2021, de 17 marzo. Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Fuente: Aranzadi JUR\2021\180432 ECLI:ES:APZ:2021:315A.

SUCESIÓN. LLAMADA A LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN.

Vecindad civil

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. En esta misma crónica ya habíamos indicado que la determinación de la vecindad civil era el talón de Aquiles de nuestro sistema de derecho interterritorial. Siendo, como es, el elemento nuclear para la resolución de los conflictos entre los diferentes derechos civiles españoles; se haría necesario que fuera una circunstancia que pudiera determinarse de una manera sencilla y con las mínimas incertidumbres posibles. En este sentido, que constara en el Registro Civil sería una opción; pero, como es sabido, tan solo habrá constancia registral de dicha vecindad en los casos en los que el interesado haya ejercitado la facultad de optar por la vecindad civil del lugar en el que lleve al menos dos años residiendo o una declaración negativa manifestando que no desea adquirir la vecindad del lugar de residencia por el transcurso de diez años, así como en el caso del extranjero que adquiere la nacionalidad española (arts. 14.5º, 15.1º Cc; 68.3º LRE, 225 RRC), o cuando se haya ejercitado la facultad de opción que recogen los arts. 3 y 4 del art. 14 Cc. Fuera de estos casos no existirá ninguna constancia en el Registro Civil de la vecindad de los españoles, lo que facilitará que se planteen dudas y discrepancias sobre la vecindad civil cuando ésta resulta relevante para determinar el derecho español aplicable.

Estas dudas se vincularán, normalmente, a la constatación del transcurso del tiempo necesario para la adquisición de la vecindad civil por residencia en un territorio con derecho civil diferente de aquél al que se conecta la vecindad civil originaria de la persona que se trate. Específicamente, el transcurso de diez años con anterioridad al fallecimiento (cuando se trata de un tema de sucesiones) o de la celebración del matrimonio (cuando la cuestión que ha de abordarse es la concreción del régimen económico del matrimonio, que en buena medida dependerá de la vecindad de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio).

Es cierto, sin embargo, que cambios relativamente recientes en el sistema español de DIPr ha limitado el alcance de la vecindad civil como punto de conexión para los conflictos internos. Por una parte, la progresiva extensión de la normativa de origen internacional y de la UE en materia de conflictos de leyes implica que en aquellos casos en los que la determinación del derecho privado español aplicable se haga en el marco de un conflicto internacional, probablemente tengamos que aplicar un instrumento internacional que puede contener soluciones específicas en materia de determinación del derecho en el seno de los estados plurilegislativos. En estos casos, sin embargo, la remisión a las normas sobre conflictos internos españolas tampoco está excluida, como muestran las abundantes normas que en estos casos remiten la concreción del derecho civil dentro del estado complejo a las normas de conflicto del propio estado [art. 33 Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, por ejemplo]. Aún así, las soluciones directas que se incorporan en algunos de estos instrumentos limitan el papel de la vecindad civil como punto de conexión (v.gr., Reglamentos Roma I y Roma II).

Por otra parte, además, en los últimos años se han introducido reformas en el DIPr de origen interno que han optado por remitir a los instrumentos internacionales la regulación conflictual (vid. J.J. Álvarez Rubio, "Derecho interregional español: una urgente y necesaria reforma", *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor,

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona

Civitas/Thomson Reuters, 2020, pp. 111–127, pp. 116–121). Esto último es importante, porque los convenios internacionales o los reglamentos de la UE no se aplican directamente a los supuestos puramente internos, que han de resolverse a partir de lo que establezcan las normas de conflicto producidas por el legislador español. Con estas remisiones, los conflictos internos se resolverán también a partir de las mismas reglas que se aplican a los casos internacionales contenidas en instrumentos de origen internacional y que, por tanto, no incluyen la vecindad civil como punto de conexión.

Estas circunstancias probablemente harán disminuir el número de conflictos que se derivan de la falta de publicidad de la vecindad civil en nuestro sistema de derecho interterritorial; pero aún se mantiene como una conexión de gran relevancia que ha de ser atendida, como muestra el gran número de decisiones que cada año incluyen referencia a la vecindad civil como conexión relevante en los conflictos internos y que están recogidas en las distintas secciones de esta crónica.

En esta parte, dedicada específicamente a la conexión, nos ocuparemos de aquellos casos en los que se ha planteado como dificultad la determinación de la vecindad civil, examinando también la forma en que la práctica se acerca a dicha determinación, una práctica que, en línea con lo que ya habíamos visto en crónicas anteriores, aborda la concreción de la vecindad civil como una cuestión de hecho, más que jurídica; lo que no deja de apartarse de lo que sería una solución rigurosa a partir de la consideración de la naturaleza de la institución. Bien es verdad, que este año se aprecia un mayor cuidado en diferenciar entre los aspectos fácticos que han de ser considerados cuando intentamos saber cuál es la vecindad civil de un sujeto y los jurídicos; esto es, la concreción de las normas que establecen las circunstancias que deberán tenerse en cuenta para dicha concreción.

2. La distinción entre aspectos fácticos y jurídicos es clave en el ATS 16 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:8271A), en el que, precisamente, se inadmitió el recurso planteado por limitarse el debate a cuestiones fácticas en torno a la determinación de la vecindad civil. Como se ha adelantado, la duda que habitualmente se plantea es si en el momento determinante de haber producido el cambio de la vecindad civil como consecuencia de la residencia continuada por diez años (*vid.* AAP Zaragoza 17 marzo 2021, ECLI:ES:APZ:2021:315A y la SAP Barcelona 12 mayo 2021, ECLI:ES:APB:2021:4989). En este caso, la duda se centraba en si la esposa había adquirido la vecindad civil catalana como consecuencia de haber residido diez años en Cataluña junto con sus padres (siendo menor) antes de que se hubiera celebrado el matrimonio. De haberse dado esa residencia, resultaría que hubiera adquirido la vecindad civil catalana al haberla adquirido su padre con lo que, de acuerdo con el relato que recoge el Auto, en el momento de la celebración del matrimonio no habría una vecindad civil común de los cónyuges.

Ciertamente, si de lo que se trataba era de determinar exclusivamente si habían transcurrido o no los diez años de residencia en el momento de la celebración del matrimonio, estaríamos ante una mera cuestión fáctica. Ahora bien, en este caso a este tema fáctico se vinculaba otro jurídico, el del cambio de la vecindad civil de los menores cuando se modificaba la de sus padres, un cambio que actualmente ya no regula nuestro Derecho, pero que estuvo en vigor hasta la reforma de la regulación de la vecindad civil operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre (*vid.* S. Álvarez González, “La vecindad civil”, en M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 340–361, pp. 348–351). Si hubiera dudas ya no sobre la residencia, sino sobre la forma en que podría operar el *ius sanguinis* en la modificación de la vecindad civil, estaríamos ante una cuestión jurídica. No debió de ayudar, sin embargo, a conducir el debate a ese terreno el que el recurso hubiera puesto el acento –o, al menos, así se desprende del contenido del Auto– en la necesidad de que la parte interesada probara la aplicación del derecho civil común; esto es, la no adquisición de la vecindad civil catalana o, más específicamente, la prueba de haber realizado la declaración de no desear adquirir la vecindad civil del lugar de residencia. Situado el debate en estos términos nos encontramos, efectivamente, en el terreno de la prueba, en el que las posibilidades de que sea admitido el recurso de casación son más reducidas. De todas formas, ha de señalarse que, en línea con lo que se ha apuntado sobre la cada vez más correcta delimitación entre aspectos fácticos y jurídicos,

no se plantea la “prueba de la vecindad”; sino de manera mucho más correcta, la prueba de una circunstancia relevante para la determinación de la vecindad. En este caso, la prueba de la residencia y de la declaración de rechazar la modificación de la vecindad civil como consecuencia de dicha residencia.

En el sentido anterior se manifiesta también la SAP Barcelona 4 noviembre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:12436), donde tras repasar las diversas circunstancias que pueden conducir a un cambio de vecindad civil, vinculadas a la residencia de la persona en un territorio determinado, se concluye que la determinación de la vecindad civil es una cuestión fáctica (“Por lo que la determinación de la vecindad civil es una cuestión fáctica, que requiere del examen de la prueba desplegada a tales efectos, de modo tal que a través de ella se llegue a la conclusión de cuál fuera la vecindad civil al tiempo del fallecimiento, determinada esta a su vez por el lugar de la residencia habitual del causante”), En el contexto en el que se realiza la afirmación, es claro, sin embargo, que no se desconoce que la vecindad depende de la aplicación de determinadas normas y que son los elementos que consideran relevantes dichas normas los que han de ser probados.

Ha de señalarse también la utilidad que puede tener la presunción del art. 69 LRC, que establece que se presumirá la vecindad civil a partir del nacimiento en un determinado territorio en el que también hubieran nacido sus padres; una presunción que es utilizada por la SAP Barcelona 29 de marzo 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4580).

La consideración de la vecindad civil como una cuestión fáctica o, al menos, como una circunstancia que no precisa ser justificada está, sin embargo, presente en otras decisiones. Así, por ejemplo, en el ATS Soc 25 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:7280A); que afirma sin más argumento la vecindad civil catalana de los cónyuges y en la SAP Zaragoza 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:APZ:2021:2646), donde se remite expresamente al tratamiento de las cuestiones probatorias la determinación de las circunstancias personales del individuo, incluyendo aquí la vecindad civil.

3. La SAP Barcelona 4 noviembre 2021 que ha sido mencionada en el número anterior presenta un especial interés para la consideración de la vecindad como objeto de prueba. El caso tiene su origen en la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia al no haber sido verificado por el Notario autor de la escritura la vecindad del causante en el momento de la sucesión. De lo que se relata en la Sentencia se desprende que dicho Notario asumió la vecindad civil catalana del causante a partir de las declaraciones realizadas y de los documentos aportados; pero sin formalizar un acta de notoriedad (art. 209 bis RN), habiendo aplicado las reglas sobre otorgamiento de escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia (art. 160 RN), según el cual el Notario, partiendo del principio de buena fe, puede hacer constar las circunstancias de profesión o vecindad a partir de los elementos de los que dispone, sin necesidad de realizar la instrucción sumaria que requeriría el acta de notoriedad.

El Tribunal da por buena esta actuación del Notario al constatar que no había elementos entre los materiales que debían ser considerados para la elaboración de la escritura, que condujeran a pensar que la vecindad civil del causante no era la catalana. El análisis de estos extremos permite al Tribunal repasar las normas relevantes para la determinación de la vecindad civil, su conexión con la residencia y las relaciones entre esta y la constancia en el padrón municipal (que no es determinante), así como el papel que juegan las distintas declaraciones que los interesados pueden realizar en torno a la vecindad civil.

Esta decisión nos permite comprobar las dificultades que se derivan de la ausencia de una constancia registral de la vecindad civil. Quien siga estas crónicas sabrá que este es un punto en el que cada año insistimos. La ausencia de propuestas para resolver este déficit de nuestro sistema de Derecho interterritorial va acompañada, sin embargo, como puede comprobarse también en las diferentes crónicas, de un mejor tratamiento por la práctica de los problemas que plantea la determinación de dicha vecindad civil, superando las dificultades existentes con una consideración de los indicios existentes a partir del sentido común y, como destaca esta resolución, según el principio de buena fe. En este sentido,

las declaraciones que los interesados tienen que realizar sobre su vecindad civil en determinados documentos (testamentos, capitulaciones matrimoniales y otros documentos públicos) pueden ser considerados como indicios, pero sí que (como también recuerda esta decisión) tengan un valor definitivo; pues tales declaraciones no son constitutivas más que en aquellos casos en que se realizan en el Registro Civil en los supuestos legalmente previstos. La valoración que se haga de esas declaraciones y de otros elementos, además, deberá hacerse siempre a la luz de las previsiones legales sobre adquisición, pérdida o recuperación de la vecindad civil. No haber tenido esto en cuenta condujo a la anulación del inciso del art. 161 del RN que preveía que cabría presumir la vecindad civil por el lugar del otorgamiento del documento de identidad. La absoluta desconexión de esta conexión con la regulación de la vecindad civil impide que una presunción basada en ella se ajuste a la legalidad.

En definitiva, sigue abierto el problema de cómo facilitar la constatación de la vecindad civil de una forma que sea coherente con la regulación de la misma.

4. La cuestión de la unidad jurídica de la familia en lo que se refiere a la vecindad civil está presente en la SAP Islas Baleares 12 julio 2021 (ECLI:ES:APIB:2021:1979); aunque, como veremos, el aspecto más interesante de la decisión es otro. Antes de entrar en éste, sin embargo, se hace necesario recordar que en la normativa anterior a la Ley 11/1990, que ha sido mencionada en el número 2 precedente, la mujer casada adquiría la vecindad civil de su marido y la cambiaba en función de las modificaciones que experimentara la de su cónyuge. De esta manera, era también la vecindad civil del marido la determinante para la concreción de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio. Por razones temporales, y pese a la evidente inconstitucionalidad de dicha previsión, en las situaciones anteriores la entrada en vigor de la Constitución (al menos) siguió aplicándose esta regla discriminatoria; incluso aunque el debate judicial se planteara con posterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional (sobre la relación entre valores fundamentales del ordenamiento y transcurso del tiempo me remito a R. Arenas García, “Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr”, *Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, *op. cit.*, pp. 145–163, pp. 152–153), como sucede en este caso. Esto explica que para la determinación del régimen económico matrimonial en el caso del que conoció la SAP Islas Baleares, tan solo resultara transcendente averiguar la vecindad civil del esposo. Cabe señalar, también que la SAP Girona de 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APGI:2021:1325) se recuerda expresamente que la vecindad civil no se modifica por razón del matrimonio.

Con relación a ésta, lo que se plantea es una especie de vecindad “catalanobalear”, que es rechazada por el Tribunal. El argumento sería que habiendo residido por una serie de años en Cataluña y habiendo trasladado su residencia a Baleares, pese a no haber vivido en ninguno de los dos lugares que le hubieran conducido a la adquisición de la vecindad catalana o balear, el hecho de que la normativa de ambos territorios en materia de régimen económico del matrimonio en ausencia de pactos sea la de separación de bienes debería conducir a que fuera esta separación de bienes la que se aplicara al régimen económico de su matrimonio.

Es un razonamiento que no se sostiene, como señala el Tribunal, puesto que no ha vecindades civiles “híbridas” (por emplear un término que utiliza la Sentencia). O se adquiere la vecindad civil catalana o la balear (y, dentro de ésta habría que precisar si la mallorquina, menorquina o ibicenca, porque, como es sabido, el Derecho de las Islas Baleares es diferente en las diversas islas), sin que los años de residencia en Cataluña puedan computar de ninguna forma para la adquisición de una vecindad diferente. No tendría sentido tal cosa, máxime cuando el interesado, con tan solo dos años de residencia ya puede optar por la vecindad civil de su territorio de residencia; una posibilidad que no fue utilizada en el caso del que conoce esta SAP las Islas Baleares.

5. Tal como se acaba de señalar, en algunos Derechos civiles españoles existen particularidades locales. Es el caso de Baleares, como se ha indicado, y también el del País Vasco. En el caso del País Vasco, además, con la especialidad añadida de que dentro del territorio de la Comunidad Autónoma convivían zonas en las que continúa aplicándose el denominado Derecho común; lo que implicaba que,

propiamente, no existía una vecindad civil vasca, sino vecindades civiles locales que convivían con la vecindad civil común. Esta situación se modificó de manera radical por medio de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco (BOE 24.7. 2015), aplicable en todo el territorio del País Vasco (art. 8), aunque manteniendo las particularidades locales. De esta manera, surgía una hasta entonces inexistente vecindad civil vasca que convivía con las vecindades civiles locales (*vid.* sobre esta cuestión J.J. Álvarez Rubio, “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos”, *REDI*, 2016, vol. 68, nº 2, pp. 23–49, esp. pp. 41–43). Esta novedosa vecindad civil que, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria séptima de la Ley, se atribuye a quienes en la entrada en vigor de la ley tuvieran vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La SAP Vizcaya 28 diciembre 2021 (ECLI:ES:APVI:2021: 3701) descansa, en relación a un tema de sucesiones, en esa vecindad civil vasca, distinguiéndola de las vecindades civiles locales dentro del propio País Vasco, para lo que reproduce una parte de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015.

Pese a las dificultades teóricas que podrían plantearse en relación a la extensión de la normativa foral a territorios en los que estaba vigente el Derecho común, lo que podría implicar ciertas dudas a partir de la referencia en el art. 149.1.8ª CE al “allí donde existan” (*vid.* en relación a esto, R. Arenas García, “Derechos forales, Derechos locales y Derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1997, nº 21, pp. 93–113, p. 111); lo que se proyectaría también sobre la naturaleza de la regulación de los conflictos entre los diferentes derechos locales vascos [se muestra consciente de esta dificultad J.J. Álvarez Rubio, (“Una renovada dimensión...”, *loc. cit.*, p. 42) cuando destaca los elementos comunes entre los diferentes Derechos locales vascos, lo que explicaría que la delimitación de los conflictos que surjan entre ellos no son conflictos interregionales en sentido estricto] y sobre la propia vecindad civil vasca [de nuevo J.J. Álvarez Rubio muestra ser consciente del problema cuando enfatiza que “no puede hablarse de creación *ex novo* de una nueva vecindad civil (la vecindad civil vasca), sino que en realidad se positiviza el reconocimiento de la existencia de tal categoría como única vía conflictual que permita hacer realidad la aplicación de ciertas instituciones civiles propias del Derecho civil vasco a los tres Territorios Históricos...” (*ibid.* p. 42); no es previsible que tales dificultades se manifiesten, pues parece pacíficamente asumida la extensión a todo el País Vasco del Derecho vasco, el mantenimiento de ciertas particularidades locales y la convivencia de la vecindad civil vasca con las vecindades locales. Probablemente en los próximos años se irá confirmando la asunción sin debate de esta nueva realidad.

6. En definitiva, en el año 2021 la vecindad civil ha seguido dando muestras de las dificultades que en ocasiones se plantean para su concreción; pero, a la vez, se aprecia un tratamiento técnico más riguroso por parte de la práctica y una cierta disminución de su importancia cuantitativa como consecuencia de la proyección a los conflictos internos de normas de origen internacional que no descansan en esta conexión. En otro orden de cosas; el cambio relevante que ha supuesto la introducción de la vecindad civil vasca, hace ya unos años, así como su convivencia con las vecindades locales, sigue dejando rastros en la práctica. De cara al futuro, será interesante ver si otras Comunidades Autónomas en las que conviven varios derechos locales (Islas Baleares especialmente) siguen la estela abierta por el País Vasco.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. ATS Soc 1ª 25 mayo 2021. Ponente: Sebastián Moralo Gallego. Fuente: Aranzadi JUR\2021\189613. ECLI:ES:TS:2021:7280A.

PAREJA DE HECHO. PENSIÓN DE VIUDEDAD. VECINDAD CIVIL.

2. ATS Civ 1ª 16 junio 2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Fuente: Aranzadi JUR\2021\206444 ECLI:ES:TS:2021:8271A.

DIVORCIO. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL.

3. SAP Barcelona 12ª nº 205/2021, de 29 marzo. Ponente: Pascual Ortuño Muñoz. Fuente: Aranzadi JUR\2021\195940. ECLI:ES:APB:2021:4580.

IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

4. SAP Barcelona 11ª nº 319/2021, de 12 mayo. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo. Fuente: Aranzadi JUR\2021\219596 ECLI:ES:APB:2021:4989.

SUCESIÓN. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN.

5. SAP Barcelona 13ª nº 641/2021, de 4 noviembre. Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fuente: Aranzadi JUR\2022\27293. ECLI:ES:APB:2021:12436.

SUCESIONES. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. CONSTANCIA Y DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL.

6. SAP Girona 2ª nº 406/2021, de 20 octubre. Ponente: Jaime Masfarre Coll. Fuente: Aranzadi JUR\2021\391849. ECLI:ES:APGI:2021:1325.

LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

7. SAP Islas Baleares 3ª nº 326/2021, de 12 julio. Ponente: Jaime Gibert Ferragut. Fuente: Aranzadi JUR\2021\316401. ECLI:ES:APIB:2021:1979.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL.

8. SAP Vizcaya 5ª nº 324/2021, de 28 diciembre. Ponente: Leonor Ángeles Cuenca García. Fuente: Aranzadi JUR\2022\158012. ECLI:ES:APBI:2021:3701.

SUCESIONES. VECINDAD CIVIL VASCA.

9. AAP Zaragoza 5ª nº 39/2021, de 17 marzo. Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Fuente: Aranzadi JUR\2021\180432. ECLI:ES:APZ:2021:315A.

SUCESIONES. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL.

10. SAP Zaragoza 4ª nº 340/2021, de 23 noviembre. Ponente: María Jesús Gracia Muñoz. Fuente: Aranzadi JUR\2022\10660. ECLI:ES:APZ:2021:2646.

NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.
COMPENSACIÓN POR RAZÓN DEL TRABAJO.

Obligaciones, derechos reales

Albert FONT I SEGURA *

1. Llama la atención el progresivo aumento de sentencias en las que se plantea qué ley española es la aplicable en materia contractual. Sin perjuicio de que en una abrumadora mayoría de las sentencias la cuestión que está en juego es el plazo de prescripción, la muestra pone de manifiesto la importancia que está adquiriendo en Derecho interterritorial la determinación de la ley aplicable en materia contractual, así como que el sistema conflictual interterritorial sigue sin adaptarse a la realidad normativa (*vid.* A. Font i Segura, “Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba”, *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación* (P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez, dirs.), 2021, pp. 235–292).

2. Acertadamente, en ninguna de las sentencias se aplica el Reglamento Roma I. Parece que los debates doctrinales que ha habido respecto a la remisión dinámica (*vid.*, en relación a esta materia, A. Borrás Rodríguez, “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, 1995, en pp. 282–286 y A. Font i Segura, “Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba”, pp. 248–249; con carácter general A. Borrás Rodríguez, “El Derecho interregional: realidades y perspectivas”, *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, (Florensa i Tomás, dir.) y J.M. Fontanellas Morell, coord.), Madrid–Barcelona–Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 556–559; S. Álvarez González, S., “Sobre la aplicación de Convenios internacionales y Reglamentos en Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 127–161; L. Garau Juaneda, “La aplicación de los Reglamentos de la UE a los llamados “conflictos internos” y el necesario cambio de paradigma sobre la función de las normas de conflicto”, *Millennium DIPr*, nº 10, julio–diciembre 2019 [<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1601637358.pdf>], no se han traducido en una jurisprudencia que cuestione la aplicación del art. 10.5º Cc, por remisión del art. 16 Cc, a los conflictos internos de leyes en materia contractual.

3. Un grueso muy destacado de las sentencias anotadas provienen de Navarra y hacen referencia a supuestos vinculados a contratos de préstamo relativos a un bien inmueble. En muchas de las sentencias se aplica incorrectamente la norma de conflicto, el art. 10.5º Cc, puesto que se acude a su primer párrafo, sin advertir que debería haberse aplicado el segundo párrafo, que hace referencia a los contratos relativos a bienes inmuebles. Además, en algunas de estas sentencias en las que se aplica el primer párrafo del art. 10.5º Cc, cuando correspondía aplicar su segundo párrafo, se aplica incorrectamente el primer párrafo del art. 10.5º Cc. Así, se fija la aplicación de la ley foral navarra en virtud del lugar de celebración de acuerdo con una aplicación directa del último de los criterios previstos en el precepto (*vid.* SS AP Navarra 7 enero, ECLI: ES:APNA:2021:3; 29 marzo, ECLI: ES:APNA:2021:155; 30 marzo, ECLI: ES:APNA:2021:293; 8 abril, ECLI: ES:APNA:2021:1128 y de 22 abril, ECLI: ES:APNA:2021:960), sin consideración de las conexiones que anteceden al lugar de celebración. Por el contrario, en otras sentencias, aunque debería de haberse aplicado el segundo párrafo, se aplica la conexión conforme al orden previsto en el primer párrafo. Así, se advierte de la común vecindad foral navarra (sin analizar cómo debe fijarse la vecindad civil de las personas jurídicas). En realidad, en este elenco de sentencias al que ahora me refiero se destaca no solo la común vecindad foral navarra, sino también de la residencia en Navarra y de la firma del contrato en ese territorio, para justificar la aplicación del Derecho navarro,

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra

por lo que sospechamos que son supuestos “puramente” navarros, pero debe apuntarse que en estas sentencias no se determina el lugar de situación del bien inmueble sobre el que se constituye el préstamo (*vid.* SSAP Navarra 17 mayo, ECLI:ES:APNA:2021:862; 31 mayo, ECLI:ES:APNA:2021:808; de 16 junio, ECLI:ES:APNA:2021:947; de 18 junio, ECLI:ES:APNA: 2021:1123; 27 octubre, ECLI:ES:APNA:2021:1791 y 27 octubre, ECLI:ES:APNA:2021:1873, aunque en estas dos últimas sentencias solo se destaca la común vecindad civil de las partes). En otras sentencias, en cambio, se constata que el supuesto es interterritorial ya que las partes no tienen ni común vecindad civil ni residencia común, pero se continúa aplicando el primer párrafo del art. 10.5º Cc, en lugar del segundo, como debería haber sido. Se aplica el Derecho navarro designado por el lugar de celebración al no concurrir ninguna de las conexiones que lo anteceden (*vid.* SSAP Navarra 20 septiembre, ECLI:ES:APNA:2021:2071; 20 septiembre, ECLI:ES: APNA: 2021:2049; 21 septiembre, ECLI:ES:APNA:2021:1968; 6 octubre, ECLI:ES:APNA: 2021: 1912). También en relación a un contrato de prenda hipotecaria y también respecto a plazo de prescripción, pero en esta caso se trata de una SAP Castellón [S 16 febrero, ECLI:ES:APCS: 2021:105, en la que se aplica el plazo contemplado en el art. 1964 CC sin que corresponda aplicar el art. 121-20 CCCat-, “dado que ni consta sometimiento expreso de las partes, ni que éstas tengan vecindad civil o residencia habitual en territorio no sujeto al Derecho Común, derecho aplicable con arreglo al lugar de celebración del contrato, Vinaròs (Castellón)”. Por fin, en otro grupo de sentencias ya se introduce la conexión específica para los contratos relativos a bienes inmuebles prevista en el segundo párrafo del art. 10.5º Cc, esto es el lugar de situación del inmueble, pero no deja de señalarse también el lugar de celebración del contrato (es el caso de las SSAP Navarra 26 octubre, ECLI:ES:APNA:2021:2087, en la que se aplica el Derecho civil común al haberse celebrado el contrato en Zaragoza y estar situado en Jaca el inmueble objeto de la operación de préstamo; 27 octubre, ECLI:ES:APNA:2021:1880; 11 noviembre, ECLI:ES: APNA: 2021:1695; 23 noviembre, ECLI:ES:APNA:2021:2018, en la que también se aplica el Derecho civil común al haberse celebrado el contrato en Vitoria y encontrarse sito en esta ciudad el inmueble que guarda relación con la operación de préstamo; 23 noviembre, ECLI:ES:APNA:2021: 1595; 24 noviembre, ECLI:ES: APNA:2021:1658; 26 noviembre, ECLI:ES:APNA:2021:1524 se aplica igualmente el Derecho civil común al haberse otorgado la escritura pública que vincula a las partes en Logroño y estando allí ubicada la vivienda objeto de hipoteca; 16 diciembre, ECLI:ES: APNA:2021:1556; 21 diciembre, ECLI:ES:APNA: 2021:1836; 21 diciembre, ECLI:ES:APNA: 2021: 1830).

4. También debe aplicarse el segundo párrafo del art. 10.5º Cc, pero ahora el segundo inciso, cuando el objeto del contrato es un contrato de suministro, si el vendedor/suministrador es una compañía mercantil, tal como se desprende del contenido de la disposición al establecer que se aplica a las “compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles” se regirán por la ley del lugar en que éstos radiquen. No atiende, sin embargo a esta solución la SAP Barcelona 19ª, de 9 julio, ECLI:ES:APB:2021:7315, que centra su argumentación respecto a la determinación de la ley aplicable barajando el cumplimiento de los criterios previstos en el párrafo primero del art. 10.5º Cc, teniendo así presente que no existe sumisión ni “existe ley común a las partes (*sic*), ni residencia habitual común, porque la actora tiene domicilio social en Murcia, y el demandado lo tiene en Cataluña, por lo que si nos atenemos al Código Civil, según la legislación civil es la del lugar de celebración del contrato, es decir Murcia”. Posiblemente se hubiera llegado a la misma conclusión en aplicación del art. 10.5º.II Cc, segundo inciso, pero lo cierto es que la aproximación seguida por el tribunal no nos permite determinar donde radicaba el establecimiento mercantil en el que se realizó la compraventa.

5. Por el contrario, puede comprobarse que en otras sentencias se aplica el art. 10.5º.I Cc como corresponde por el tipo de contrato celebrado. Así, cuando se trata de un contrato de préstamo de financiación a comprador de bienes muebles, como sucede en la SAP Girona 22 septiembre 2021, ECLI:ES:APGI:2021:1002, donde se entiende que “el lugar de celebración del contrato es aquel donde el comprador junto con el vendedor, que actúa por cuenta e interés del financiador, compra el vehículo y se perfecciona el contrato de financiación”. Se trataba de un contrato entre ausentes, en el que el

prestatario firmó en la Bisbal d'Empordà (Cataluña), donde se celebró el contrato de compraventa de un vehículo a motor, y el prestamista firmó en Alcalá de Henares. Parece, porque lo cierto es que no se argumenta, que se llega a una solución substantiva que atiende al interés del comprador/consumidor, más que a la solución que correspondía aplicar consistente en aplicar la ley del lugar donde se hizo la oferta (aunque bien pudiera ser que ésta se hiciera en el establecimiento del vendedor, más que en el establecimiento del prestamista), *ex* 1.262 Cc, como ya pusiera de relieve el profesor Virgós Soriano (*vid.* M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pp. 90 ss). Procede también aplicar el primer párrafo del art. 10.5º Cc cuando el litigio versa sobre las obligaciones derivadas de tarjetas de crédito (*vid.* SAP Barcelona 1ª 23 febrero, ECLI:ES:APB:2021:1017). Precisa el tribunal que no se trata de un contrato de suministro, sino de un contrato para el uso de una tarjeta de crédito para poder realizar el suministro de gasolina en todas las estaciones de servicio asociadas. No estamos pues ante el supuesto contemplado en el art. 10.5º II, segundo inciso Cc y se acude a la aplicación del lugar de celebración del contrato, que conduce a la aplicación del plazo de prescripción previsto en el Cc al ser suscrito el contrato en Puerto Lumbreras (Murcia), a falta de sumisión, de ley común a las partes (*sic*) y de residencia habitual común. También aplica el art. 10.5º I Cc la AP de Lleida en la S 9 noviembre, ECLI:ES:APL:2021: 908, al resolver una controversia litigiosa relativa a un contrato de compraventa entre particulares sobre un bien mueble. En este caso, se recurre de nuevo a la aplicación de la ley del lugar de celebración, Lleida, dado que los dos contratantes tenían residencia habitual en distintos territorios y no consta la vecindad civil, ni, como es obvio, la sumisión a ningún ordenamiento.

6. Más oscura es la solución proporcionada por la AP de Tarragona en relación con un contrato de hospitalización (SAP Tarragona 3ª 18 marzo, ECLI:ES:APT:2021:290), puesto que no concreta con precisión el motivo que lleva a la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en el Derecho foral navarro “no constando la sumisión de las partes a ningún derecho concreto, y no teniendo ni vecindad común ni residencial habitual común, debe aplicarse la legislación navarra”, después de citar genéricamente los arts. 10 y 16 Cc. Sin duda aplica el art. 10.5º I Cc, pero la información proporcionada no es completa. Ciertamente, sabemos que los servicios son prestados en Navarra y que la paciente tiene su domicilio en El Vendrell (Cataluña), pero en ninguna parte de la sentencia de la AP se dice que el contrato fue firmado en Navarra (quizá esta información se encuentre en la sentencia de primera instancia). La AP de Tarragona se apoya en dos sentencias que aplican la ley navarra en litigios relativos a contratos de hospitalización del mismo tipo (*vid.* punto 3 del FD 2º). Ahora bien, si bien en una de las sentencias citadas se aplica en efecto la ley del lugar de celebración, en la otra se aplica la ley del “lugar del contrato”, Pamplona, ya que “allí se prestan todos los servicios del contrato y allí se facturan”, que no es lo mismo que la ley del lugar de celebración del contrato. Así, no sabemos con precisión cuál fue el motivo que determinó la aplicación de la ley foral navarra en la sentencia aquí referida.

7. Se constata, en suma, poca pericia en la aplicación de un precepto que, por otra parte, está poco adaptado al ámbito material en el que debe ser aplicado. Así, uno de los aspectos que no está todavía resuelto en el tráfico jurídico interterritorial es el de la vecindad civil de las personas jurídicas. Este fue uno de los retos que intentó resolver el legislador navarro, sin tener competencia para ello, como declaró el TC en STC 157/2021 de 16 de septiembre (*vid.* la sección “Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa” de esta crónica). Así se constata en la SAP Navarra 26 octubre 2021, ECLI:ES:APNA:2021:2087, donde, en pasado, puesto que ya se había pronunciado el TC, recuerda la previsión contenida en la Ley 15 FN que disponía que “La condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio”. No obstante, la AP de Navarra sin cuestionarse este punto da por sentado que el criterio a seguir es el del domicilio de la entidad prestamista. Tampoco plantea problema alguno esta cuestión a la AP de Girona que, en sentencia de 22 septiembre, ECLI:ES:APGI:2021:1002, tiene en cuenta que “la prestamista tenía su domicilio social fuera de Cataluña”, siguiendo el mismo criterio, el del domicilio social de la persona jurídica. En el mismo sentido, la SAP Barcelona 1ª 23 febrero, ECLI:ES:APB:2021:1017 que recurre al criterio del domicilio

social. Por otra parte, los inconvenientes de la disposición se constatan también en la falta de cobertura para atender a los intereses del consumidor. En efecto, en muchas de las sentencias anotadas bastaba con considerar que una de las partes era un consumidor como para concebir una solución localizadora más adecuada.

8. Por lo que hace a litigios en materia de derechos reales no acostumbra a haber demasiada jurisprudencia en las que se susciten conflictos interterritoriales. El arraigo del tradicional principio de territorialidad no propicia este tipo de conflictos. No obstante, hemos encontrado dos resoluciones que vale la pena anotar. Por una parte, la SAP Huesca 1ª 4 octubre, ECLI:ES:APHU:2021:451, en la que se plantea un problema de calificación. La controversia surge respecto al ejercicio de la acción de división de cosa común en relación a un inmueble situado en el Aragón del que era copropietarios los miembros de un matrimonio de vecindad civil catalana que, como puede imaginarse, entró en crisis. La sentencia de primera instancia disuelve la comunidad de bienes, declara la indivisibilidad del inmueble, decreta su venta en pública subasta y condena a la demandada por los gastos abonados por el demandante en las obras de reforma, en proporción a la cuota de participación en la copropiedad que lo era por mitades e iguales cuotas indivisas. El punto que aquí interesa reside en establecer la ley que rige el pago de la suma dineraria por los gastos de la reforma del inmueble. Esta cuestión es distinta de las normas que rigen la disolución o división de la comunidad, a la que inicialmente en primera instancia se aplicaron las normas de la comunidad ordinaria previstas en la legislación catalana, pero en la audiencia previa se corrigió esta apreciación y acabo aplicándose la normativa de la comunidad ordinaria del Código civil. Por el contrario, por lo que se refiere al reembolso de la suma por los gastos de la reforma del inmueble, comprendida dentro de la noción de “gastos familiares”, nos encontramos ante una acción personal, y no real, que queda sujeta a la ley designada por el art. 9.2º Cc, siendo esta la catalana por la común vecindad civil catalana al tiempo de contraer el matrimonio. La otra resolución que cabe ser destacada es el AAP Vizcaya 5ª 21 octubre, ECLI:ES:APBI:2021:1690ª, relativo a la constitución de una servidumbre, derecho real que debe quedar regido por la ley del lugar en el que esté sito el inmueble de acuerdo con el art. 10.1º Cc, sin que la vecindad civil tenga ningún efecto sobre su constitución. La AP de Vizcaya aplica la Ley 5/2015 de 25 junio Derecho Civil Vasco en atención a los arts. 8 y 10 (ámbito de aplicación) y 14 (servidumbre de paso) en relación con la D.T. Segunda, lo que es correcto, excepto la referencia al art. 10, relativo al ámbito de aplicación personal y a la vecindad civil vasca, cuya aplicación es improcedente. Se reitera el error que ya detectamos y publicamos en esta *Crónica de Derecho interterritorial* en el *AEDIPr*, t XVIII, en la sección *Obligaciones y derechos reales*, al comentar la STSJ País Vasco CP 1ª nº 2/2018 de 26 febrero, ECLI: ECLI:ES:TSJPV:2018:9.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. SAP Navarra 3ª nº 3/2021, de 7 enero. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. Fuente: Aranzadi JUR/2021\108546 ECLI:ES:APNA:2021:3.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

2. SAP Castellón 3ª nº 106/2021, de 16 febrero. Ponente: Julián Ángel González Sánchez. Fuente: Aranzadi JUR/2021\176592 ECLI:ES:APCS:2021:105.

PRENDA HIPOTECARIA. PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN HIPOTECARIA Y ACCIONES PERSONALES SIN PLAZO ESPECIAL. RESTITUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO POR DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

3. SAP Barcelona 1ª nº 107/2021, de 23 febrero. Ponente: Amelia Mateo Marco. Fuente: Aranzadi JUR\2021\100833 ECLI:ES:APB:2021:1017.

OBLIGACIONES DERIVADAS DE TARJETAS DE CRÉDITO; RECLAMACIÓN DEL CRÉDITO. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

4. SAP Barcelona 19ª nº 281/2021, de 9 julio. Ponente: Mª Asunción Claret Castany. Fuente: Aranzadi JUR\2021\290578 ECLI:ES:APB:2021:7315.

CONTRATO DE SUMINISTRO; RECLAMACIÓN DE PAGO. PRESCRIPCIÓN. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

5. SAP Girona 1ª nº 539/2021, de 22 septiembre. Ponente: Fernando Ferrero Hidalgo. Fuente: Aranzadi JUR\2021\318653 ECLI:ES:APGI:2021:1002.

CONTRATO DE PRÉSTAMO DE FINANCIACIÓN A COMPRADOR DE BIENES MUEBLES. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

6. SAP Huesca 1ª nº 296/2021, de 4 octubre. Ponente: José Julián Nieto Avellaned. Fuente: Aranzadi JUR\2022\35864 ECLI:ES:APHU:2021:451.

ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN. ACCIÓN DE REEMBOLSO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

7. SAP Lleida 2ª nº 698/2021, de 9 noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Beatriz Terrer Baquero. Fuente: Aranzadi JUR\2022\36921 ECLI:ES:APL:2021:908.

COMPRAVENTA.

8. SAP Navarra 3ª nº 323/2021, de 29 marzo. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\141425 ECLI:ES:APNA:2021:155.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO; CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

9. SAP Navarra 3ª nº 330/2021, de 30 marzo. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\141737 ECLI:ES:APNA:2021:293.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO; CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

10. SAP Navarra 3ª Sentencia nº 356/2021, de 8 abril. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. Fuente: Aranzadi JUR\2021\258541 ECLI:ES:APNA:2021:1128.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO; CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

11. SAP Navarra 3ª nº 421/2021, de 22 abril. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\253711 ECLI:ES:APNA:2021:960.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

12. AP Navarra 3ª nº 587/2021, de 17 mayo. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\255958 ECLI:ES:APNA:2021:862.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

13. SAP Navarra 3ª nº 683/2021, de 31 mayo. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\254005 ECLI:ES:APNA:2021:808.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

14. SAP de Navarra 3ª nº 792/2021, de 16 junio. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\253284 ECLI:ES:APNA:2021:947.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

15. SAP Navarra 3ª nº 804/2021, de 18 junio. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2021\254515 ECLI:ES:APNA:2021:1123.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

16. SAP Navarra 3ª nº 830/2021, de 22 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2021\258732 ECLI:ES:APNA:2021:960.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

17. SAP Navarra 3ª nº 1122/2021, de 20 septiembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57516 ECLI:ES:APNA:2021:2071.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

18. SAP Navarra 3ª nº 1118/2021, de 20 septiembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\56421 ECLI:ES:APNA:2021:2049.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

19. SAP Navarra 3ª n° 1156/2021, de 21 septiembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\58188 ECLI:ES:APNA:2021:1968.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

20. SAP Navarra 3ª n° 1253/2021, de 6 octubre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57922 ECLI:ES:APNA:2021:1912.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

21. SAP Navarra 3ª n° 1375/2021, de 26 octubre. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57688 ECLI:ES:APNA:2021:2087.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

22. SAP Navarra 3ª n° 1389/2021, de 27 octubre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57605 ECLI:ES:APNA:2021:1880.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

23. SAP Navarra 3ª n° 1376/2021, de 27 octubre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\56410 ECLI:ES:APNA:2021:1791.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

24. SAP Navarra 3ª n° 1378/2021, de 27 octubre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\58157 ECLI:ES:APNA:2021:1873.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

25. SAP Navarra 3ª n° 1456/2021, de 11 noviembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57675 ECLI:ES:APNA:2021:1695.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

26. SAP Navarra 3ª n° 1547/2021, de 23 noviembre. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. Fuente: Aranzadi JUR\2022\56855 ECLI:ES:APNA:2021:2018.

COMPRAVENTA. SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

27. SAP Navarra 3ª nº 1541/2021, de 23 noviembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\52793 ECLI:ES:APNA:2021:1595.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

28. SAP Navarra 3ª nº 1556/2021, de 24 noviembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\61355 ECLI:ES:APNA:2021:1658.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

29. SAP Navarra 3ª nº 1585/2021, de 26 noviembre. Ponente: Ana Inmaculada Ferrer Cristobal. Fuente: Aranzadi JUR\2022\50825 ECLI:ES:APNA:2021:1524.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

30. SAP de Navarra 3ª nº 1659/2021, de 16 diciembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\52981 ECLI:ES:APNA:2021:1556.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

31. SAP de Navarra 3ª nº 1754/2021, de 21 diciembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\56960 ECLI:ES:APNA:2021:1836.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

32. SAP Navarra 3ª nº 1747/2021, de 21 diciembre. Ponente: Edorta J. Etxarandio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\57843 ECLI:ES:APNA:2021:1830.

COMPRAVENTA. PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

33. SAP Tarragona 3ª nº 145/2021, de 18 marzo. Ponente: Manuel Galán Sánchez. Fuente: Aranzadi JUR\2021\153214 ECLI:ES:APT:2021:290.

CONTRATO DE HOSPITALIZACIÓN. PRESCRIPCIÓN: PLAZO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

34. AAP Vizcaya 5ª nº 117/2021, de 21 octubre. Ponente: Leonor Ángeles Cuenca García. Fuente: Aranzadi JUR\2022\85442 ECLI:ES:APBI:2021:1690A.

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE PASO.

Uniones no matrimoniales

Rafael ARENAS GARCÍA*

El tiempo ha conducido a que la problemática de las uniones no matrimoniales en el Derecho interterritorial quede reducida a los problemas de relación con los hijos comunes (que se examinan en el apartado de filiación de esta crónica), de sucesiones (para el que nos remitimos a esa sección) y el decreciente de la acreditación de la condición de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad. Un tema que durante años mostró una práctica variada como consecuencia, en primer lugar, de la previsión de la LGSS que establecía que la acreditación de la condición de pareja de hecho tenía que hacerse por la inscripción en el correspondiente registro o de la forma en que se estableciera en el Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que lo tuvieran. Esta última previsión resultaba interesante, porque obligaba también a determinar la ley aplicable a la unión cuando ésta presentaba conexiones con más de un derecho civil español (*vid.* M. Gardeñes Santiago, “Pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos”, *AEDIPr*, t.XIII, 2013, pp. 1227–1233).

Si esto era interesante, aún lo fue más que el Tribunal Constitucional declarara contraria a nuestra Carta Magna esta remisión a los diferentes Derechos civiles, por lo que las formas que permitían acreditar la condición de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad serían los mismos en toda España [STC (Pleno) 40/2014, de 11 de marzo, ECLI:ES:TC:2014:40, *vid.* M. Gardeñes Santiago, “Parejas de hecho y pensión de viudedad: siguiendo el camino marcado por el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, t.XIV–XV, 2014–2015, pp. 1191–1194].

Tras esta decisión del TC aún se han seguido planteando problemas de derecho transitorio del que son buena muestra las SS TSJC 17 febrero 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:2486) y 15 abril 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:3813). En ambos casos se trataba de peticiones de pensión de viudedad en parejas de hecho que podrían ser consideradas como tales de acuerdo con lo previsto en el Derecho civil catalán, pero que ni habían sido inscritas en un registro público de uniones no matrimoniales ni se había formalizado la unión en documento público. Esto es, serían parejas en las que el miembro supérstite podría beneficiarse de la pensión de viudedad de acuerdo con la normativa en vigor antes de la declaración de inconstitucionalidad de la referencia a los Derechos civiles autonómicos que figuraba en la LGSS; pero que no serían beneficiarios de la pensión una vez eliminada dicha referencia por la STC 40/2014.

La solución final en ambas decisiones difiere. Mientras en la primera se niega la pensión en la segunda se concede. La razón para esta diferencia estriba en si hubo posibilidad para los convivientes de ajustar su situación a la creada por la declaración de inconstitucionalidad de la referencia a los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas. El Tribunal entiende que en el primer caso sí hubo esta posibilidad, pues habían transcurrido más de dos años entre la mencionada Sentencia del TC y el momento del fallecimiento de la persona que generaba el derecho a la pensión de viudedad. En la segunda decisión, en cambio, se consideró que no había existido la posibilidad de ajustar la formalización de la pareja a la situación generada por la STC 40/2014, por lo que sí amparó la expectativa de derecho generada por la redacción del art. 174 de la LGSS anterior a dicha decisión. En el caso concreto, la Sentencia del TC se había dictado cuando uno de los miembros de la pareja ya no estaba en condiciones de poder proceder a una formalización de la unión como consecuencia de una dolencia neurológica. En estas circunstancias, el Tribunal, pese a reconocer la corrección formal del

* Catedrático de Derecho internacional privado.

planteamiento del INSS, considera que ha de primer el derecho del ciudadano a obtener protección por parte del sistema de Seguridad Social.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. ATS Soc 1ª de 25 mayo 2021. Ponente: Sebastián Moralo Gallego. Fuente: Aranzadi JUR\2021\189613. ECLI:ES:TS:2021:7280A.

PAREJA DE HECHO. PENSIÓN DE VIUDEDAD. VECINDAD CIVIL

2. STSJ Cataluña Soc 1ª nº 969/2021, de 17 de febrero. Ponente: José Quetcuti Miguel. Fuente: Aranzadi AS\2021\178031. ECLI:ES:TSJCAT:2021:2486.

UNIONES NO MATRIMONIALES. PENSIÓN DE VIUDEDAD.

3. STSJ Cataluña Soc 1ª nº 2122/2021, de 15 de abril. Ponente: Amador García Ros. Fuente: Aranzadi JUR\2021\237591. ECLI:ES:TSJCAT:2021:3813.

TARJETA DE RESIDENTE DE FAMILIAR COMUNITARIO. UNIÓN DE HECHO. NECESIDAD DE INSCRIBIR LA UNIÓN EN EL REGISTRO AUTONÓMICO Y NO EN EL MUNICIPAL.

Filiación

Albert FONT I SEGURA *

1. Como en otros años, cabe observar que no abundan resoluciones en las que el tribunal aplique la norma de conflicto en materia de filiación. En realidad, en otras ediciones de esta crónica se habían detectado no solo algunas resoluciones en materia de filiación, sino también en materia de adopción y de capacidad. No obstante, en esta edición solo cabe reseñar tres sentencias que resuelven supuestos litigiosos que versen sobre la filiación, sea sobre impugnación de la filiación paterna matrimonial (SS AP Barcelona 12ª de 29 marzo, ECLI:ES:APB: 2021:4580 y de 23 abril, ECLI:ES:APB:2021:4203), sea sobre reivindicación de la filiación por posesión de estado (SAP Barcelona 12ª de 6 abril, ECLI:ES:APB:2021:4280).

2. Si analizamos con mayor cuidado estas resoluciones se advierte que, en puridad, solo en una de ellas, como se verá en el punto 3 de esta anotación, se presenta un elemento de heterogeneidad que determine la necesaria aplicación de la norma de conflicto. En efecto, en la SAP Barcelona de 6 abril, ECLI:ES:APB:2021:4280, estamos ante un supuesto que suscita una cuestión propia del Derecho internacional privado, como es la gestación subrogada, y del Derecho interterritorial, como es la determinación de la ley aplicable a la filiación por posesión de estado. Por el contrario, en las SSAP Barcelona de 29 marzo, ECLI:ES:APB:2021:4580 y de 23 abril, ECLI:ES:APB:2021:4203, no aparece ningún elemento de heterogeneidad que determine la aplicación de la norma de conflicto en materia de filiación y, sin embargo, éstas es aplicada para justificar que la cuestión litigiosa se rige por el Derecho catalán. La observación a realizar es, en consecuencia, obvia: si no hay conflicto de leyes, ¿por qué aplicar una norma de conflicto? El TSJ Cat ya había precisado que esta aplicación era improcedente. Así, tanto en sentencia de 26 mayo 2011 (ROJ: STSJ CAT 6728/2011), FD 6º, como en sentencia de 12 septiembre 2011 (ROJ: STSJ CAT 9602/2011), FDº 3º, se declara que “Es por lo tanto necesario para la aplicación de las normas de conflicto, tanto en el caso del derecho internacional privado como en el caso del derecho interregional, la presencia de un elemento de esta naturaleza bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra CA) o, en su caso, por los elementos objetivos de la mencionada relación (situación del bien en otra CA), o por el lugar de realización del negocio o porque éste tuviese que tener efecto en otro lugar, etc. El elemento interregional tiene que estar presente en todo caso, ya que de otra manera el conflicto de leyes no se producirá”. Con todo, esta práctica continúa manteniéndose como puede percibirse en estas sentencias pese a que debería corregirse [como ya se puso de manifiesto, *vid.* A. Font i Segura, “La utilització del dret internacional privat com a criteri d’aplicabilitat del dret civil català a Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15–1, 2015, p. 77–86].

3. Por su parte, si nos centramos en el supuesto de gestación subrogada (SAP Barcelona 12ª, de 6 abril, ECLI:ES:APB:2021:4280), es evidente que se trata de un supuesto internacional (con carácter general, *vid.* A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, en AA.VV., “El orden público interno, europeo e internacional civil Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 201–251). El objeto litigioso es el reconocimiento de la filiación por posesión de estado de una menor cuya procreación tiene origen en un contrato de maternidad subrogada y cuyo nacimiento se produjo en la Columbia Británica (Canadá).

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

Además, el material genético aportado provino de uno de los miembros del matrimonio, cuya nacionalidad era la de la República Sudafricana, que es quien presenta la demanda para que se reconozca la filiación por posesión de estado del demandado, su cónyuge. No es este el lugar para analizar la práctica jurisprudencial que se está desarrollando en relación a este tipo de supuestos [vid. el análisis desarrollado por E. Farnós Amorós, “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: La STS 1ª Pleno 31 marzo 2022, como ejemplo de la encrucijada actual” (en prensa, agradezco a la autora el acceso a la contribución)]. Lo que interesa en esta crónica es el elemento interterritorial que determina la aplicación de uno de los Derechos civiles españoles. En este caso no puede negarse que la cuestión tiene un origen internacional, hasta el punto de tener un impacto directo en la solución adoptada por el tribunal. En efecto, la AP contempla la filiación por posesión de estado sobre la base de que el nacimiento del niño no pudo ser inscrito en el Registro Civil español dado que el padre biológico, uno de los miembros de la pareja, era extranjero y el menor nació en el extranjero, de lo que se concluye que el marido del padre biológico, aun teniendo nacionalidad española, no puede iniciar un expediente de adopción (vid. FD 4º: “Se ha comprobado que los litigantes no tenían a su disposición otros medios jurídicos para la vinculación del hijo con el segundo padre por cuanto quien es el padre biológico tiene nacionalidad sudafricana por lo que por esta vía el niño, nacido en Canadá, no tiene acceso al registro civil español. El marido del padre biológico sí que tiene la nacionalidad española pero no puede inscribir al niño porque no se le reconoce la relación de parentesco al haberle denegado por completo la inscripción el registro. En consecuencia, tampoco iniciar un expediente de adopción”). Más allá de la sorpresa que suscita tal afirmación (cuando tanto el adoptando como el adoptante tienen la residencia habitual en España, no supone un obstáculo al inicio de un expediente de adopción el hecho de que el nacimiento del adoptando no se haya practicado en el Registro civil español), lo relevante a los efectos de esta sección es que debe determinarse el Derecho aplicable a la reclamación. Generado un conflicto de leyes, ahora sí, debe aplicarse una norma de conflicto y ésta no es otra que el art. 9.4º Cc. Ahora bien, como pasaremos a examinar, no es esta la única norma de conflicto citada por el tribunal.

4. La argumentación adoptada para la concreción, necesaria o no, del Derecho aplicable es prácticamente igual en las tres sentencias. Así es, hay una invocación al criterio de territorialidad, establecidos en el art. 14.1º EACat y art. 111–3 CCCat, y una cita de las normas de conflicto aplicables, arts. 9.4º, 107 y 16 Cc. Esta fundamentación normativa debe ser comentada en función de si las sentencias resuelven un supuesto meramente interno o el supuesto internacional, como vimos en los dos párrafos antecedentes.

5. Tratándose de un supuesto meramente interno –SSAP Barcelona de 29 marzo, ECLI:ES:APB:2021:4580 y de 23 abril, ECLI:ES:APB:2021:4203– podría tener cabida la invocación del criterio de territorialidad, aunque, a mi juicio, no es en absoluto necesaria dado que la persona menor nació en Cataluña, reside en Cataluña y tiene vecindad civil catalana, luego es evidente que debe aplicarse el Derecho catalán por parte de un tribunal español con sede en Cataluña. Lo mismo sucedería si la persona menor hubiera nacido en Cantabria, residiera en esa Comunidad Autónoma y tuviera vecindad civil común. Un tribunal con sede en territorio de lo que continúa llamándose Derecho civil común no tendría ninguna duda en aplicar este Derecho y, además, sin invocación ninguna del criterio de territorialidad. No obstante, también hay que decir que la cita de los arts. 14.1º EACat y 111–3 CCCat no entorpece la solución del caso. En cambio, como ya apuntamos anteriormente, la cita de las normas de conflicto es sobra. Primero, porque no hay conflicto de leyes; segundo, porque la aplicación del art. 107 Cc no tiene lugar y, tercero, porque el art. 16 CC no es una norma de conflicto sino la base del sistema interterritorial.

6. Tratándose de un supuesto internacional –SAP Barcelona 12ª de 6 abril, ECLI:ES:APB:2021:4280 – la invocación del principio de territorialidad no justifica la aplicación del Derecho civil catalán sino su aplicabilidad conforme a la norma de conflicto correspondiente, como ha puesto de relieve el TS (vid. STS 17 de febrero Civ 1ª, ECLI:ES:TS:2021:532 y la nota de quien suscribe efectuada en la

sección “Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa” de esta crónica). Sí procede, en cambio, la cita y aplicación de la norma de conflicto. En este caso lo que correspondía era aplicar el art. 9.4º Cc (norma de conflicto en materia de filiación) que nos hubiera llevado al Derecho español por mor de la residencia habitual del hijo, sin importar para nada el lugar de nacimiento, la nacionalidad o la vecindad civil, aunque ésta solo despliega alguna consecuencia si el hijo hubiera poseído la nacionalidad española, que no es el caso (aunque bien es cierto que en la práctica jurisprudencial se ha aplicado la ley española, en condición de ley de la nacionalidad, cuando es la propia filiación la que atribuye la nacionalidad, incluso si la nacionalidad del hijo estaba determinada, *vid.* STS 22 marzo 2000, ECLI:ES:TS:2000:2311; esta práctica se proyecta de algún modo en el art. 69 LRC, citada por la AP de Barcelona en este caso). Ahora bien, como decíamos, se aplica el art. 9.4º Cc posee una pluralidad de puntos de conexión que siguen un orden jerárquico, de manera que debe acudir a la ley del país de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación y solo “a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento” (*vid.* J. Carrascosa González, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, vol. LXVIII, 2016, 2, pp. 157–182). Esta ley, la de la residencia habitual, es el ordenamiento plurilegislativo español, habida cuenta de la pluralidad del ordenamiento español en materia de filiación. De esta manera, corresponde aplicar el art. 16 Cc –sea por mandato del art. 12.5º Cc, sea por aplicación directa del art. 16 Cc –, que, a su vez, nos remite al art. 9.4º Cc, de lo que se deduce que, teniendo el hijo la residencia habitual en Cataluña, debe aplicarse el Derecho civil catalán. Ni la nacionalidad ni la vecindad civil, por presunción, tienen ninguna función en este supuesto. Tampoco el principio de territorialidad. Otra cosa es la corrección de la solución alcanzada, dado que, como pusimos de relieve, debía iniciar un expediente de adopción y además, como apunta con acierto Farnós Amorós, en el artículo mencionado en el punto 3 de esta sección, siendo aplicable el Derecho civil catalán, el recurso a la posesión de estado es particularmente controvertido dado que en este Derecho prevalece históricamente el principio de la verdad biológica.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. SAP Barcelona 12ª nº 205/2021 de 29 marzo Ponente: Pascual Ortuño Muñoz. Fuente: Aranzadi JUR\2021\195940 ECLI:ES:APB:2021:4580.

IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA MATRIMONIAL.

2. SAP Barcelona 12ª nº 220/2021 de 6 abril Ponente: Pascual Ortuño Muñoz. Fuente: Aranzadi JUR\2021\192738 ECLI:ES:APB:2021:4280.

REIVINDICACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO.

3. SAP Barcelona 12ª nº 238/2021 de 23 abril Ponente: Ilma. Sra. D. María Isabel Tomás García. Fuente: Aranzadi JUR\2021\190057 ECLI:ES:APB:2021:4203.

IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA MATRIMONIAL.

Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

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

ADOPCIÓN

1. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR EL LUGAR DEL NACIMIENTO DE UN MENOR ADOPTADO ESTÁ PREVISTA ÚNICAMENTE PARA LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 7 marzo 2022* (22º) (BMJ, año LXXVI, diciembre 2022, nº 2.258, pp. 14–17) desestima un recurso interpuesto contra la providencia dictada por la encargada del Registro Civil de Madrid ordenando practicar la inscripción por transcripción literal de la trasladada desde el Registro Civil Central y desestimando la solicitud de los interesados de que como lugar de nacimiento conste el domicilio en M., ya que dicho cambio solo se contempla para los supuestos de adopción internacional.

[...]

Explicado el alcance de las reformas operadas en este campo, procede analizar la pretensión planteada. En el presente caso, la inscripción se practicó en el Registro Civil del Consulado General de España en Kiev, constando la filiación paterna del nacido como hijo de progenitor español —el promotor— y la madre de nacionalidad ucraniana, por lo que el nacido ostenta automáticamente desde su nacimiento la nacionalidad española de origen transmitida por su padre español en aplicación del art. 17.1º.a) Cc. La adopción por la cónyuge del progenitor se formalizó en España, en particular, por auto de fecha 11 octubre 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Madrid, por lo que no se trata de un supuesto de adopción internacional, no resultando de aplicación lo establecido en los arts. 16.3º y 20.1º LRC para los supuestos de adopción internacional, en los que se contempla que el adoptante o adoptantes de común acuerdo puedan solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado.

[Vid. en el mismo sentido, Resolución DGSJyFP de 23 marzo 2022 (11º) (BMJ, año LXXVI, diciembre 2022, nº 2.258, pp. 17–20)]

CONTRATOS

2. LAS PERSONAS FÍSICAS QUE CAREZCAN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEBERÁN SOLICITAR A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA LA ASIGNACIÓN DE UN NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL CUANDO VAYAN A REALIZAR OPERACIONES DE NATURALEZA O CON TRASCENDENCIA TRIBUTARIA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 2 marzo 2022* (BOE 24.3.2022), confirma la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estepona nº 2, por la que se suspende la inscripción de la elevación a público de un contrato privado de compraventa.

[...]

“(…) en el presente caso, el recurso no puede prosperar, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 20, en sus párrafos segundo y tercero, del RD 1065/2007, de 27 de julio, “las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no dispongan del número de identidad de extranjero, bien de forma transitoria por estar obligados a tenerlo o bien de forma definitiva al no estar obligados a ello, deberán solicitar a la Administración Tributaria la asignación de un número de identificación fiscal cuando vayan a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres con la siguiente composición: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número, siete caracteres alfanuméricos y un carácter de verificación alfabético. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda”.

DERECHOS REALES

3. INNECESARIEDAD DE LA AUTORIZACIÓN MILITAR, PARA LA ADQUISICIÓN DE TERRENOS POR CIUDADANOS NO COMUNITARIOS, NO SE EXTIENDE A LOS TERRENOS RÚSTICOS O NO URBANIZABLES. Y ELLO, AUNQUE CUENTE CON ALGUNA EDIFICACIÓN AISLADA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 febrero 2022* (BOE 24.2.2022) desestima el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Torrevieja nº 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de obra nueva y compraventa en la que figuraba como parte compradora unos cónyuges en régimen legal de su nacionalidad británica.

DIVORCIO

4. INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO APROBANDO EL CONVENIO REGULADOR, DICTADA POR UN TRIBUNAL ESPAÑOL, ENTRE DOS CÓNYUGES UCRANIANOS

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 junio 2022* (BOE 26 julio 2022), desestima un recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Málaga n.º 3, relativa a una sentencia por el que se decreta el divorcio y se aprueba el convenio regulador entre dos personas de nacionalidad extranjera y confirmar la calificación impugnada.

[...]

“(…) cuando se dicta por tribunales españoles una sentencia de divorcio entre cónyuges extranjeros cuyo matrimonio no está inscrito en el Registro Civil español, el tribunal sentenciador debe remitir oficio “al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio y de la identidad de ambos litigantes, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio” (sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 24 de julio, 18 de septiembre, 12 de noviembre y 18 diciembre 2013 y 31 de enero, 8 de abril, 3 y 10 de julio, 30 de septiembre y 30 octubre 2014, y Resolución de este Centro Directivo de 6 julio 2021)”.

DOCUMENTO EXTRANJERO

5. EL NOTARIO HA TENIDO A LA VISTA NO SÓLO EL “TÍTULO LEGÍTIMO DE REPRESENTACIÓN” SINO TAMBIÉN EL “DOCUMENTO PÚBLICO DE PODER SINGULAR” Y DA FE DE LA REGULARIDAD FORMAL DEL DOCUMENTO DESPUÉS DE HABER EMITIDO JUICIO DE EQUIVALENCIA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 noviembre 2021* (BOE 3.12.2021) estima un recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Adeje a inscribir una escritura de préstamo con constitución de hipoteca y revoca la calificación impugnada.

[...]

“Tratándose de escrituras de apoderamiento autorizadas por notario españoles, tampoco puede considerarse suficiente el hecho de que el notario autorizante exprese que emite el juicio de suficiencia “previo examen del título público exhibido”, pues, según las distintas acepciones del este término, pudiera comprender, por ejemplo, el testimonio notarial de una copia autorizada de la escritura de apoderamiento, el cual no equivale a tal copia a los efectos establecidos en el citado art. 98 Ley 24/2001 (cf., entre otras, las Resoluciones de 15 febrero 1982, 19 noviembre 1985 y 17 febrero 2000).

No obstante, en el presente caso no puede llegarse a la misma conclusión que en el caso de la citada Resolución de 22 julio 2021, toda vez que: se trata de un documento de poder australiano del que – como afirma certeramente el notario recurrente– circula el documento original con la firma de los otorgantes, y no copia auténtica; el notario afirma que ha tenido a la vista no sólo el “título legítimo de representación” sino también el “documento público de poder singular”; y da fe de la regularidad formal del documento después de haber emitido juicio de equivalencia respecto de la función de los notarios australianos.

Por todo ello es indudable que el notario ha expresado bien la “reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada”, de modo que ha dado perfecto cumplimiento a lo establecido en el apartado primero del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”.

6. CON INDEPENDENCIA DE LA VALIDEZ FORMAL DEL DOCUMENTO DE ACUERDO A LAS NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES Y DE SU TRADUCCIÓN Y LEGALIZACIÓN ES PRECISO QUE SUPERE UN ANÁLISIS DE IDONEIDAD O DE EQUIVALENCIA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 23 febrero 2022* (BOE 14.3.2022), desestima el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la propiedad de Guadalajara n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa y confirmar la calificación.

Observaciones: Es de destacar que ni la parte recurrente ni la propia DGSJyFP se toman la molestia, en ningún momento, de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, circunstancia que tampoco se puede constatar a la luz de los datos que aporta la resolución. No obstante, tratándose de determinar el carácter privativo de la adquisición de un bien, la cuestión central radica en establecer la ley aplicable al régimen económico matrimonial y sus efectos, que por razones transitorias debe ser la determinada por el art. 9.2º Cc. Si ambos cónyuges hubiesen tenido la nacionalidad dominicana en el momento de contraer matrimonio (hecho que ignoramos), dicha ley sería la dominicana y no la española, máxime cuando la propia DGSJyFP ha insistido en que determinación de la adquisición de un bien como privativo y la propia prueba de la privatividad depende de los medios previstos en la ley rectora del régimen económico matrimonial. En efecto, si se atiende a la calificación sustantiva seguida por las resoluciones DGRN de 10 septiembre 2018 y 27 febrero 2019, tanto la presunción de ganancialidad como la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, establezcan el carácter privativo de un bien, son cuestiones que deben quedar acreditadas de conformidad con el Derecho aplicable al fondo del régimen económico matrimonial.

Confundiendo una vez más el régimen de los derechos reales considerados *uti singuli* con el régimen de los bienes que pertenecen a un patrimonio (sucesiones, régimen económico matrimonial, etc.), la DGSJyFP se pronuncia en primer lugar invocando la aplicación de la ley española como *lex rei sitae*, dado de que el asunto se refiere a la compraventa e hipoteca de un bien inmueble. En este sentido, conviene deslindar algunos aspectos que se entremezclan indebidamente: en efecto, conforme al art. 10.1º Cc, la ley española se aplica a la transferencia de la propiedad y a la constitución de la hipoteca sobre un bien inmueble situado en España. La escritura pública puede ser precisa no sólo para determinar el efecto translativo de la propiedad en virtud de la compraventa o la válida constitución de la hipoteca, sino también como documento necesario para la inscripción registral, pero en este caso no por aplicación de la ley española como *lex rei sitae*, sino como ley rectora del procedimiento registral (art. 58 LCJIMC). Ciertamente, si el documento público se otorga ante notario extranjero, es preciso determinar la equivalencia con el documento exigido por la ley española como título de transmisión o creación de los derechos reales (arts. 10.1º Cc) y como título de inscripción (art. 60 LCJIMC). Ocurre, sin embargo, que en este caso la escritura pública se otorga ante un notario español, no extranjero, por lo que plantearse la equivalencia a este respecto resulta absurdo. En suma, los fundamentos tercero, cuarto y quinto de la resolución comentada carecen de incidencia alguna en el caso planteado (S.S.L.).

INSOLVENCIA

7. RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS SOMETIDOS A REGISTRO, LA EXCLUSIÓN DE TODA REMISIÓN A LA LEY NACIONAL RESULTA EXCLUIDA POR EL ART. 14 DEL REGLAMENTO (UE) 848/2015

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 mayo 2022* (BOE 1.6.2022), desestima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de

Almoradí a inscribir una escritura de compraventa otorgada por representante concursal de un nacional de la República Checa desestimar y confirma íntegramente la calificación impugnada.

Observaciones: Se refiere el recurso a una escritura de compraventa otorgada por el administrador concursal de una persona física de nacionalidad checa, constando anotación del mandamiento expedido por letrado de la Administración de Justicia competente sobre la situación de insolvencia e indicando la persona del administrador concursal, otorgante de la escritura y recurrente. El bien en cuestión consta inscrito con sujeción al régimen económico-matrimonial checo del titular registral, actualmente divorciado, sin que conste su intervención, observando el recurrente que conforme a la ley del concurso tal circunstancia es irrelevante. La registradora señala, como primer defecto, la falta de prueba suficiente de la ley checa en relación con la posición del excónyuge del disponente, la incorporación a la masa concursal del bien, la disolución de la comunidad por razón del concurso y la propia determinación del régimen matrimonial y el carácter concreto del bien. El segundo defecto se refiere a la falta de acreditación de la notificación al otro cónyuge del procedimiento en el que se incluye el bien en la masa activa del concurso.

Respecto del primer defecto, la DGSJyFP matiza el carácter abierto de los medios de prueba del Derecho extranjero que se deduce del art. 36 RH. Pese al carácter abierto mencionado, estima la DGSJyFP que sólo puede entenderse medio probatorio indubitado el que procede de funcionario del país de origen, generalmente funcionario diplomático en funciones consulares, pero también notario. Cualquier otro supuesto está sujeto a valoración de su admisión al proceder de un operador privado. *In casu*, la prueba documental presentada consistía en un informe realizado en realidad por un abogado colegiado checo, por lo que “no puede encuadrarse dentro de los medios de acreditación del contenido y vigencia del Derecho aceptados en el ordenamiento hipotecario español quedando al juicio del registrador su admisión o rechazo”.

En cuanto al segundo defecto, se decanta la DGSJyFP por la aplicación de la ley española, como ley del foro registral y, al mismo tiempo, norma imperativa o de orden público, por lo que se refiere a la protección registral del otro cónyuge. Es interesante destacar la extrapolación de este principio en el marco del art. 144.6º RH, de forma que la demanda conjunta o notificación al otro cónyuge para la anotación del embargo preventivo sobre bienes comunes es exigible incluso cuando la ley aplicable no lo requiera. Superando las dudas entre la calificación sustancial o procesal de la legitimación pasiva en estos supuestos, la DGSJyFP apuesta ahora por una calificación sustancial, pero que conlleva el mismo efecto que una calificación procesal, pues señala que tal requisito es en realidad de orden público, pues se vincula con el derecho de defensa, de manera que es indiferente que la ley aplicable al régimen económico matrimonial requiera o no dicha notificación.

En el caso concreto, la DGSJyFP ampara este criterio, además, en el propio juego del Reglamento (UE) 2015/848 (procedimientos concursales) y del Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis), aunque de forma un tanto confusa. Por una parte, observa la DGSJyFP que la ley española, y no la ley checa, rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble registrado en España (art. 14 del Reglamento 2015/848), cuestión que merecería bastantes matizaciones, pues la regla especial pretende más bien una adaptación entre la *lex fori concursus* y la *lex rei sitae* o *registralis*. La DGSJyFP hace referencia asimismo al régimen de reconocimiento de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia y de la delimitación de la aplicación, según su tipología, del propio Reglamento 2015/848 o del Reglamento “Bruselas I” bis, del que destaca la DGSJyFP el art. 45, se supone porque en su apartado 2 permite denegar el reconocimiento de una decisión judicial adoptada en rebeldía del demandado motivada por una falta de notificación que produce indefensión o bien en razón de la reserva genérica de orden público del ap. 1. Conforme a lo expuesto en los fundamentos anteriores, en realidad la DGSJyFP podría haber invocado con mejor criterio lo dispuesto en el art. 33 Reglamento 2015/848 que, bajo la rúbrica “orden público”, permite a un Estado miembro “negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de

dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución”.

En pocas palabras, la DGSJyFP viene a decir que no ha sido probado que conforme al Derecho checo la declaración de quiebra de uno de los cónyuges implique la disolución del régimen económico matrimonial y la incorporación de los bienes comunes a la masa activa del concurso cuando el pasivo supera al activo de la comunidad de bienes, ni que en tal caso pueda prescindirse de la notificación del procedimiento concursal al otro cónyuge. Y, aunque así fuera acreditado, los efectos de tal declaración concursal sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble registrado en España se rigen por la ley española y la venta por el administrador concursal de los bienes comunes sobre la base de una decisión de incorporación de tales bienes comunes a la masa activa sin que el otro cónyuge haya sido notificado del procedimiento concursal vulnera sus derechos de defensa y, por tanto, el orden público español. Por ello confirma ambos defectos y requiere que se acredite que la exesposa ha sido, al menos, notificada, a fin de que pueda participar en el procedimiento concursal para permitir salvaguardar sus derechos de defensa frente a la incorporación de bienes, de los que en parte es titular, a la masa del concurso. (S.S.L.)

MATRIMONIO

8. NO ES INSCRIBIBLE EL MATRIMONIO POLIGÁMICO CELEBRADO EN GAMBIA, POR UN GAMBIANO QUE LUEGO ADQUIRIÓ LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 febrero 2022 (5ª)* desestima el recurso y confirma el auto de pronunciado por el encargado del Registro Civil Central que denegó una inscripción del matrimonio por considerar que el interesado estaba casado en Gambia con A. B., con quien tiene dos hijos y además le pasa manutención a sus hijos, conviviendo con ella cuando viaja a Gambia.

[...]

“(…) En el presente caso, el promotor, de nacionalidad española adquirida por residencia en el año 2007 solicita que se inscriba en el registro civil español el matrimonio que celebró en Gambia el 10 junio 1997, inscripción que es denegada por el Registro Civil Central, a quien corresponde la competencia por estar el interesado domiciliado en España (cf. art. 68, II, RRC), ya que, el interesado está casado en Gambia con A. B., con quien tiene dos hijos y además le pasa manutención a sus hijos, conviviendo con ella cuando viaja a Gambia. El interesado declara que, por su religión, que es musulmana, está casado con dos mujeres (...). Aunque el matrimonio sea válido para el ordenamiento gambiano, y, en principio, haya que aplicar el estatuto personal de los contrayentes, es claro que en este punto la ley extranjera ha de quedar excluida y ha de aplicarse la norma de conflicto, por virtud de la excepción de orden público internacional (cf. art. 12.3º Cc) que impide la inscripción de un matrimonio contrario a la concepción española de la institución matrimonial (...). No es cuestión de entrar a dilucidar los efectos de distinto tipo que, de acuerdo con el ordenamiento español, este hecho puede producir. Pero resulta evidente que en el registro español no puede practicarse una inscripción de matrimonio por transcripción de un acta en la que consta que uno de los contrayentes opta por la poligamia. Recuérdese que el estado civil de los contrayentes en el momento de celebración es un dato obligado en la inscripción de matrimonio (cf. arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC). En consecuencia, esta dirección general, a propuesta de la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado”

NACIONALIDAD

9. ES ESPAÑOLA *IURE SOLI* LA NACIDA EN ESPAÑA, HIJA DE PADRES CUBANOS Y NACIDOS EN CUBA (Res. DGSJYFP 14 febrero 2022 – 29ª–)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 febrero 2022 (29ª)* estima el recurso interpuesto y revoca el auto apelado de la encargada del Registro Civil de Linares,

declarando con valor de simple presunción que la menor es española de origen; la declaración se anotará al margen de la inscripción de su nacimiento. De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

(...) De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación cubana en la materia, los hijos de cubanos nacidos fuera de Cuba no adquieren automáticamente al nacer, cualquiera que sea la actitud de los progenitores, la nacionalidad cubana, de modo que sufren una situación de apátrida originaria en la que se impone la aplicación *iure soli* de la nacionalidad española. Si bien con fecha 30 diciembre 2017 la República de Cuba promulgó un Decreto-Ley, n° 352 “Sobre la adquisición de la ciudadanía cubana por nacimiento de los nacidos en el extranjero de padre o madre cubanos”, la adquisición de la ciudadanía cubana no es automática, ya que en su articulado se recoge la autoridad competente para conceder esa ciudadanía y el procedimiento a seguir, que a diferencia de la normativa anterior puede iniciarse en el correspondiente consulado cubano en el país extranjero, pero cuya conclusión puede demorarse dependiendo de los plazos contemplados para los diferentes trámites y se resuelve por el órgano competente bien admitiendo o denegando la solicitud o devolviendo el expediente. Siendo esto así durante todo ese tiempo el menor nacido en España estaría en situación de apatridia, lo que haría aplicable el art. 17.1º.c) de nuestro Código Civil. (...). IV. Esta conclusión se ve reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que el niño tendrá desde que nace derecho a adquirir una nacionalidad y que los Estados parte velarán por la aplicación de este derecho, “sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. Por lo tanto, procede acceder a la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española de la menor.

10. NO ES ESPAÑOLA *IURE SOLI* LA NACIDA EN ESPAÑA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA EN 1999, HIJA DE PADRES VENEZOLANOS NACIDOS EN VENEZUELA, POR CORRESPONDERLE LA NACIONALIDAD VENEZOLANA DE ESTOS

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 febrero 2022 (37°)* desestima un recurso y confirma el auto apelado pronunciado por la encargada del Registro Civil de Barakaldo, con el siguiente razonamiento:

[...]

“(…) De acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo de la legislación venezolana, en particular, el art. 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, son venezolanos por nacimiento “2 Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento”, circunstancia que se produce en el expediente que nos ocupa, toda vez que la menor nace en España, hija de padre y madre venezolanos nacidos en Venezuela. Por otra parte, el hecho de que los progenitores sean solicitantes de protección internacional, no resulta relevante a efectos de la atribución de la nacionalidad española con valor de simple presunción para su hija, ya que los padres no han perdido su nacionalidad venezolana de origen y la legislación venezolana atribuye a los hijos de éstos la condición de nacionales sin necesidad de ningún otro requisito en aplicación estricta del principio del *ius sanguinis*. Consiguientemente, como la finalidad del art. 17.1º.c) Cc es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que la nacida en España ostenta la nacionalidad española. En consecuencia, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, a propuesta de la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado que procede desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

11. DERECHO A OPTAR A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN POR EL APARTADO PRIMERO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007 (RES. DGSJYFP 7 MARZO 2022)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 7 marzo 2022 (42°)* (BMJ, año LXXVI, diciembre 2022, n° 2.258, pp. 103–111), declara que no tienen derecho a optar a la nacionalidad española de origen por el apartado primero de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, los mayores de edad que sean hijos de padre o madre que no hubiere sido originariamente

español, y que (el padre o la madre) hubieren optado anteriormente por la nacionalidad española de origen por la vía de dicha disposición adicional séptima de la Ley 52/2007

[...]

“(…) De todo lo anterior y del propio carácter excepcional de la Ley que requiere criterios de interpretación estricta, resulta que no están comprendidos en el apartado primero de la disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007 los hijos mayores de edad de padre o madre español en virtud de haber optado a la nacionalidad española de origen conforme a esta misma disposición. Así resulta también de la Exposición de Motivos de dicha Ley, según la cual ésta “amplía la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española a los descendientes hasta el primer grado de quienes hubiesen sido originariamente españoles”, sin perjuicio de incluir, a través del apartado 2 de la misma disposición Adicional Séptima, a otros descendientes más allá del primer grado —nietos—, “de quienes perdieron la nacionalidad española por exilio a consecuencia de la Guerra Civil o la Dictadura”, y así lo confirma la interpretación oficial recogida en la directriz sexta de la Instrucción de 4 noviembre 2008 de esta dirección general. No obstante, queda abierto el acceso a la nacionalidad española a favor de los nietos nacidos fuera de España de abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles, por la vía de la residencia con plazo abreviado a un año, conforme al art. 22 n.º 1, f) Cc, que tras la reforma llevada a cabo por Ley 36/2002 incluyó en dicho precepto a los nietos de abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles, aun cuando no resulte de aplicación el apartado 2 de la disposición adicional 7.ª de la Ley 52/2007.

12. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NACIONALIDAD ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA FRANCESA : Instrucción DGSJYFP 15 marzo 2022

Tras la Publicación en el BOE del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021, se ha publicado la Instrucción de 31 marzo 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan los criterios para la aplicación del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, cuyo texto es el siguiente:

Primero. Aprobar las pautas de aplicación y los procedimientos registrales que permitan implementar el Convenio de Nacionalidad entre España y Francia, que se incluyen como anexo a la presente resolución. Estas pautas, serán de aplicación en todas las Oficinas del Registro Civil y Notarías en la medida que les afecten, tanto en territorio español como en las Oficinas Consulares, con independencia de que se haya producido en ellas la efectiva puesta en marcha del sistema DICIREG y sea de aplicación la Ley 20/2011, de 21 de julio.

Segundo. La presente Instrucción entrará en vigor el día siguiente a su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

ANEXO

Pautas de actuación y procedimientos registrales

1. Introducción

Con fecha 1 abril 2022 ha entrado en vigor el Convenio de Nacionalidad entre España y Francia que permite a los españoles adquirir la nacionalidad francesa y a los franceses adquirir la nacionalidad española conservando su anterior nacionalidad, siempre que se cumplan los requisitos que determine la legislación de cada uno de los Estados firmantes. Así mismo, se establece que los españoles que con anterioridad a la vigencia del presente Convenio hubiesen perdido la nacionalidad española por adquirir la francesa, puedan recuperarla acogiéndose a lo establecido en el Convenio.

2. Interpretación de los arts. 23, 24 y 26 Cc en aplicación del Convenio.

La interpretación de los arts. 23, 24 y 26 Cc se ve afectada por la entrada en vigor del Convenio de Nacionalidad entre España y Francia a tenor de lo dispuesto en el art. 96 de la Constitución Española,

dada la prevalencia de este último sobre la normativa nacional, por lo que resulta procedente establecer las siguientes directrices:

- El art. 23 Cc establece los requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia, disponiendo que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, así como la renuncia a su anterior nacionalidad. De este último requisito se exime a los naturales de los países mencionados en el art. 24.1º Cc (países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal) y a los sefardíes originarios de España. A la entrada en vigor del Convenio de Nacionalidad entre España y Francia quedarán igualmente exentos del requisito de renuncia los ciudadanos franceses que adquieran la nacionalidad española.
- El art. 24.1º Cc establece las condiciones en las que pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación si no declaran dentro de los tres años siguientes a tal emancipación o adquisición su voluntad de conservar la nacionalidad española al Encargado del Registro Civil. El segundo párrafo de este apartado establece que la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen. El Convenio de Nacionalidad entre España y Francia modifica este segundo párrafo del art. 24.1º, en el sentido de incluir a Francia en la relación de países cuya adquisición de nacionalidad no es bastante para producir la pérdida de la nacionalidad española de origen.
- De este modo, los franceses que adquieran la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia están exentos del requisito establecido en el art. 23.b) Cc de renuncia a la nacionalidad anterior, en este caso, la francesa y, por otra parte, los españoles emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente la nacionalidad francesa, no perderán la nacionalidad española.
- El artículo tercero del Convenio de nacionalidad entre España y Francia establece que “Los españoles y franceses que, con anterioridad a la vigencia del presente Convenio, hubieran adquirido la nacionalidad francesa o española, respectivamente, perdiendo así de forma automática su nacionalidad anterior, podrán acogerse a lo establecido en el presente Convenio. Las disposiciones del presente Convenio le serán aplicables desde la fecha en que se acojan a él”. En consecuencia, los ciudadanos franceses que adquirieron la nacionalidad española podrán solicitar la cancelación de la anotación marginal en su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español en la que conste el compromiso de renuncia a su nacionalidad anterior.
- El art. 26 Cc establece el requisito de la residencia legal en España para la recuperación de la nacionalidad española, que no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes y que podrá ser dispensado por el titular del Ministerio de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales.

El Convenio de Nacionalidad entre España y Francia modifica el apartado 1.a del art. 26 Cc excluyendo del requisito legal de residencia en España para la recuperación de la nacionalidad española de los españoles que la hubieran perdido al adquirir la francesa con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio y se acojan a los términos del mismo.

3. Procedimiento para recuperar la nacionalidad española en virtud del Convenio de Nacionalidad entre España y Francia.

Los españoles que con anterioridad a la vigencia del Convenio de Nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa hubieran perdido la nacionalidad española al adquirir la francesa, podrán solicitar la recuperación de la nacionalidad española al amparo del Convenio, sin necesidad del requisito de residencia en España.

El procedimiento para recuperar la nacionalidad española es el establecido en el art. 26 Cc. Se precisa declaración del interesado manifestando su voluntad de recuperarla ante el Encargado del Registro Civil bien de su domicilio o bien del lugar donde conste practicada la inscripción de nacimiento. El Encargado levantará acta de este hecho firmada por el solicitante. Del mismo modo y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 68.3º Ley 20/2011 de 21 de julio, tras la reforma operada por Ley 6/2021 de 28 de abril, la declaración de voluntad de recuperación de la nacionalidad española podrá realizarse también ante el Notario competente por razón del domicilio en España del solicitante. El acta que contenga la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española deberá ser remitida al Registro Civil donde conste la inscripción de nacimiento para efectuar la oportuna inscripción

En todos los casos, se aportará la documentación que acredite que el solicitante fue nacional español, así como la que acredite su nacionalidad actual y, en caso de residir en España, certificado de empadronamiento siempre que comparezca por vía de auxilio registral en la oficina de Registro Civil de su domicilio. De efectuar la declaración de recuperación en un Registro Civil consular en el extranjero, deberá aportar prueba del domicilio o residencia en el correspondiente país.

En materia de competencias para la tramitación, dado que durante el periodo transitorio hasta la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011 van a coexistir oficinas en las que se aplique la Ley de 1957 y oficinas DICIREG, habrá que tener en cuenta la Instrucción de 16 septiembre 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan las pautas y criterios para apoyar la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática DICIREG en los distintos Registros Civiles, a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio. Del mismo modo, en todo aquello que sea compatible, será de aplicación la Instrucción de 22 diciembre 2021, por la que se establecen criterios para la aplicación en las Notarías de las previsiones contenidas en el art. 68.3º de la Ley 20/2011, de 21 de julio”.

PODERES DE REPRESENTACIÓN

13. VALIDEZ DE UN PODER OTORGADO POR UN NOTARIO DE DUBLÍN AL CONTAR CON JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA, EN EL QUE SE ENCUENTRA IMPLÍCITO UN JUICIO DE EQUIVALENCIA DE FUNCIONES

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 julio 2022* (BOE 1.8.2022), acordó estimar el recurso contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Vigo, revocando esta última.

Observaciones: La DGSJyFP recuerda su doctrina sobre el alcance de la función registral en relación con el juicio notarial de suficiencia de los poderes y del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo y, en particular, de la sentencia de 1 junio 2021, de forma que el registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación Sintetiza la resolución la doctrina del Tribunal Supremo, reproduciendo los puntos básicos de esta doctrina.

Conforme a la doctrina de la DGSJyFP, la calificación registral queda circunscrita a la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende. La determinación de un juicio notarial erróneo solo puede tener lugar por la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido, que debe inferirse con claridad de tales datos. En el caso planteado, al tratarse de un poder otorgado por vía de sustitución en favor del otorgante, no es necesario, a juicio de la DGSJyFP, que se exhiba al notario que emite el juicio sobre el apoderamiento por sustitución la copia autorizada de la escritura inicial de apoderamiento ni que exprese el juicio de suficiencia de facultades representativas referido a dicha escritura, por tratarse

de extremos que quedan bajo la fe pública del notario autorizante de la escritura de sustitución del poder, por lo que procede a estimar el recurso. Con pasmosa tranquilidad la DGSJyFP da la razón a la recurrente, al estimar que “solo cabe calificar por el registrador la corrección de la reseña hecha por el notario del documento auténtico que se le deba exhibir, y el documento inicial de poder, autorizado por el notario de Dublín, no debe exhibirse al notario que autoriza la escritura otorgada por el subapoderado. Y, a mayor abundamiento, al tratarse de un poder otorgado por una sociedad extranjera con arreglo a su legislación nacional, no es inscribible en el Registro Mercantil español y, por ende, no podrá comprobar según los asientos del Registro que el notario ha ejercido, con la precisión necesaria, su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa”.

De lege ferenda, la resolución viene a reafirmar la necesidad de exceptuar de la omisión de la presentación del poder de representación establecida en el art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre a los poderes que hayan sido otorgados en el extranjero, al menos si se quiere garantizar la seguridad jurídica del tráfico internacional. (S.S.L.)

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

14. EL DIVORCIO, CAUSA DE LA LIQUIDACIÓN DE UN RÉGIMEN DE COMUNIDAD CONFORME A LA LEY DE MATRIMONIOS DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA DE 1990, DEBE SER JUSTIFICADO E INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 julio 2021* (BOE 26.7.2021) estima el recurso contra la negativa del registrador de la Propiedad de Madrid nº 18 a inscribir una escritura de liquidación de régimen económico-matrimonial sujeto al Derecho chino y confirma la calificación impugnada,

Observaciones: La DGSJyFP confirma la calificación del registrador. Observa, en primer lugar, que el divorcio obtenido en España mediante decisión judicial o autorización notarial por parte de autoridades españolas, aunque afecte exclusivamente a nacionales extranjeros, debe ser objeto de inscripción en el Registro Civil, para lo cual el tribunal sentenciador o el notario competente deben remitir de oficio al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio y de la identidad de ambos litigantes, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio.

Ocurre, sin embargo, que en el presente caso el divorcio no se autoriza por autoridad española, sino antes las autoridades consulares chinas. A partir de esta constatación, la DGSJyFP incurre en una confusión acerca del juego de los reglamentos europeos sobre causas matrimoniales (2201/2003: “Bruselas II bis”), regímenes matrimoniales (2016/ 1113) y de la necesaria distinción entre cuestiones de competencia, reconocimiento y ley aplicable, por lo que llega a confirmar la calificación registral, en lo demás correcta, con argumentos poco comprensibles ni justificados.

En primer lugar, la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para conocer del divorcio se regula, en efecto, en el Reglamento “Bruselas II bis” (y no, en realidad, en el art. 22 LOPJ, que menciona asimismo la resolución). Pero este Reglamento carece de interés en la resolución de este caso: por lo que se refiere a la competencia, porque el divorcio se autorizó o pronunció ante autoridades consulares chinas; respecto del reconocimiento, por idéntica razón: el Reglamento no contempla más que el reconocimiento de los divorcios autorizados en otros Estados miembros. Sin embargo, aunque es consciente de ello, la DGSJyFP construye un extraño razonamiento en los fundamentos 7 y 8.

En segundo lugar, la DGSJyFP trae a colación el Reglamento (UE) n.º 2016/1103. Tampoco este Reglamento tiene aplicación alguna a la cuestión suscitada en la calificación. En primer lugar, no hay cuestión de competencia de las autoridades españolas para la liquidación del régimen económico matrimonial, ni se pone en cuestión la ley aplicable que, por razones transitorias, sería en todo caso por la ley china como ley nacional común en el momento de celebración del matrimonio, en virtud del art. 9.2º Cc, toda vez que el matrimonio se celebró en 2011 y por ello

no son aplicables las disposiciones del Reglamento (art. 69.3º. del Reglamento). Por otra parte, conviene no olvidar que la universalidad del Reglamento solo se predica de las normas sobre ley aplicable, pero no sobre las de reconocimiento de decisiones. En todo caso, el fundamento 9º de la resolución resulta difícilmente comprensible, pues el acuerdo de liquidación se otorga ante notario español y, en consecuencia, no suscita problema alguno de reconocimiento.

Retomando la calificación registral, el primer problema que se suscita en realidad es una cuestión de reconocimiento del divorcio autorizado por las autoridades consulares chinas. En efecto, como causa de la liquidación del régimen matrimonial de comunidad, debe acreditarse el divorcio y si este se ha dictado por autoridades chinas debe procederse a su reconocimiento.

El mecanismo de reconocimiento de la disolución del vínculo en realidad conecta con el segundo defecto señalado por el registrador: la propia doctrina de la DGRN distingue entre el reconocimiento de la disolución del vínculo por autoridad extranjera según que el matrimonio disuelto fuera susceptible o no de inscripción en el Registro Civil español. En la Circular de 8 noviembre 2017 sobre el carácter no constitutivo de la inscripción del matrimonio y divorcio anterior a efectos de la inscripción de matrimonio posterior en el Registro Civil, siguiendo una doctrina reiterada, la DGRN exime la inscripción previa del primer matrimonio y del correspondiente divorcio para la inscripción de un segundo matrimonio cuando el primer matrimonio no fuera inscribible en el Registro Civil español, bastando con ello con la acreditación del divorcio del primer matrimonio a través de documento auténtico. Aplicando *mutatis mutandis* esta doctrina, en el presente caso si el matrimonio se celebró en China y ninguno de los cónyuges ostenta la nacionalidad española, no haría falta la inscripción del divorcio en el Registro Civil español, pero sería necesaria la aportación al Registrador de la Propiedad, junto con la escritura de liquidación del régimen económico matrimonio, del documento público debidamente apostillado que acreditara el divorcio otorgado por las autoridades consulares chinas.

Si, por el contrario, el primer matrimonio se hubiese celebrado en España o uno de los cónyuges ostentara la nacionalidad española, se precisaría la inscripción en el Registro Civil del primer matrimonio y asimismo la del divorcio, previo executur o reconocimiento en el Registro Civil conforme a las condiciones previstas en el Convenio entre China y España sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 mayo 1992, cuyo art. 23 remite la regulación del procedimiento al Derecho del Estado requerido. En consecuencia, el reconocimiento podría tener lugar por executur o directamente por reconocimiento registral o incidental del Encargado del Registro Civil (art. 96 LRC).

El presente caso, sin embargo, suscita una singularidad, pues el divorcio, aunque no se obtiene ante autoridad española, sí se dicta en territorio español. Este hecho exige un análisis más minucioso que el señalado para el reconocimiento de una decisión de divorcio obtenida en el extranjero, peculiaridad reforzada por el hecho de que no se trate de un divorcio “judicial”. En efecto, se señala en la Resolución que el divorcio se “celebró” en la Embajada de China en España. Conviene partir de la afirmación de que la Embajada de China en España es territorio español, pese a la creencia muy extendida en sentido contrario, debida a una mala comprensión del principio de inviolabilidad de los locales diplomáticos. Dicho esto, el “divorcio consular” plantea cuestiones de eficacia muy similares a las del “matrimonio consular”. En primer lugar, esta intervención de los cónsules extranjeros se admite con normalidad por el Reino de España siempre que ninguno de los cónyuges sea español (*vid.*, para el matrimonio, Ress. DGRN de 21 septiembre 1998; (2ª) de 12 mayo 1999; (2ª) de 18 octubre 1999; (1ª) de 28 mayo 2001; (3ª) de 23 octubre 2001; 1 junio 2005; (14ª) de 22 febrero 2012; (46ª) de 15 julio 2013; (92ª) de 12 mayo 2014; (19ª) de 25 noviembre 2014; (79ª) de 19 diciembre 2014; (18ª) de 5 diciembre 2014; (13ª) de 20 noviembre 2015; (27ª) de 28 octubre 2016; (41ª) de 4 diciembre 2018]. En segundo lugar, las autoridades consulares extranjeras están autorizadas en España a realizar actos de estado civil (matrimonio, adopción, testamentos, divorcios), así como a desplegar funciones notariales o registrales, pero no jurisdiccionales. En suma, se parte del presupuesto de que el divorcio consular es un divorcio no jurisdiccional, que se corresponde con las funciones notariales o de estado civil de las autoridades consulares China.

En el caso del divorcio de dos nacionales chinos en la Embajada de China, se entiende que debe tratarse exclusivamente de un divorcio no judicial (equivalente en España al divorcio notarial), pero su régimen de reconocimiento no está predeterminado por esta circunstancia. En efecto, si se considerara necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (por ejemplo, porque el matrimonio disuelto se hubiera celebrado en España), el Encargado del Registro Civil debe comprobar si la disolución de tal matrimonio estaría reservada en España a los órganos jurisdiccionales, en cuyo caso (art. 96.3º LRC) su procedimiento de reconocimiento sería el propio de las sentencias judiciales recogido en el art. 96.1º. LRC, con las condiciones específicas del Convenio entre España y China. Por el contrario, si se tratara de un divorcio que, conforme a la ley española, puede autorizarse ante notario, podrá reconocerse como mero documento público, incluso si proviene de autoridades judicial (no lo son, obviamente, en este caso, en que se trata de autoridades consulares), por lo que bastará para su inscripción en el Registro Civil la comprobación de las condiciones contempladas para los documentos públicos en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En suma, para el reconocimiento a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de liquidación del régimen económico matrimonial en virtud de divorcio, el registrador debería requerir el documento auténtico que acredite el divorcio pronunciado ante autoridad extranjera, ya se trate de un divorcio notarial o judicial, si tal divorcio no afecta a un matrimonio inscribible en España por el hecho de haberse celebrado en el extranjero entre extranjeros. En contrapartida, si el divorcio es susceptible de inscripción en el Registro Civil español (por haberse celebrado el matrimonio en España o afectar a nacional español), deberá acompañarse la correspondiente certificación del Registro Civil, que habrá tenido lugar una vez reconocido el divorcio por el Encargado del Registro Civil conforme al régimen que resulte aplicable. Esta debería ser la aclaración básica que brindase la resolución comentada. (S.S.L.)

15. PERTINENCIA DE LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO DE BIENES DE CIUDADANOS EXTRANJEROS, CUANDO APAREZCAN INSCRITOS A SU FAVOR CON SUJECCIÓN A SU RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 septiembre 2021* desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Eivissa n.º 2 a la práctica de una anotación preventiva de embargo. Según constaba en el Registro de la Propiedad, la finca se inscribió, el día 13 junio 1985, a nombre de don J. P. M., de nacionalidad francesa, “con sujeción a su régimen matrimonial”, por no haberse acreditado el régimen económico-matrimonial de dicha persona.

[...]

“(…)el régimen registral de las anotaciones de embargo en los supuestos citados, con finalidad tuitiva del derecho de defensa del cónyuge no deudor, imponía al acreedor la carga de la prueba del régimen económico-matrimonial y del Derecho extranjero aplicable al caso concreto o, alternativamente, la carga procesal de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, lo que, a su vez, dificulta la obtención de la tutela judicial efectiva, en vía ejecutiva, del acreedor. Por ello, la reforma del art. 144 RH, viniendo a cubrir una laguna legal, añadió un nuevo n.º 6 del citado precepto a través de la disposición adicional cuarta de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre (sin que quepa objetar obstáculos de rango normativo, pues no hay materia reservada al reglamento en la que no pueda entrar una ley), en el que se viene a resolver las dificultades prácticas derivadas de la constitución de un gravamen forzoso sobre un bien inscrito a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera sin especificar su régimen económico matrimonial, al disponer de forma menos gravosa para el acreedor, sin generar por ello una situación de indefensión en el cónyuge no deudor, que ‘cuando se trate de bienes inscritos conforme al art. 92 de este Reglamento, a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre

que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo’.

No cabe oponer a este precepto el hecho de que la publicidad registral no identifique al cónyuge, pues, aunque así fuere, sí publica su existencia y la remisión al régimen matrimonial aplicable.

Por tanto, podrá procederse a la anotación del embargo de bienes de estos ciudadanos extranjeros, cuando aparezcan inscritos a su favor con sujeción a su régimen económico–matrimonial, si la demanda o apremio se ha dirigido contra los dos cónyuges o cuando habiéndose dirigido la demanda o el apremio contra uno de los cónyuges (sea o no el titular del bien o derecho), se haya, además, notificado al otro el embargo”.

16. NO PUEDE REALIZARSE LA INSCRIPCIÓN DE COMPRA PUES EL INTERESADO ESTÁ CASADO EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DE DERECHO BRITÁNICO

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 31 enero 2022* estima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcudia a inscribir una escritura de compraventa en la que intervino un nacional británico, cuya ley nacional ha sido tenida en cuenta para calificar su capacidad, casado en régimen legal de separación de bienes del Derecho Británico” junto con los dos copropietarios (solteros), con carácter privativo, de una vivienda, la vendieron.

Observaciones: Ciertamente, resulta harto improbable en el caso planteado que el bien enajenado sea la vivienda habitual, habida cuenta de que se adquirió cuando el vendedor se hallaba divorciado de un matrimonio anterior y que es solo copropietario de una tercera parte indivisa del inmueble. También es cierto que la particularidad del *constructive trust* en el Derecho inglés debe detectarse en el momento de la adquisición del bien inmueble y hacerse constar en la correspondiente inscripción, y no en el momento de su enajenación. Es en el momento de la adquisición del inmueble cuando la constatación de un régimen de “separación” de bienes como el británico no debe llevar a considerar sin más la adquisición privativa y procede comprobar que si se trata de una vivienda familiar, pues en este caso puede estar limitada su disposición por el cónyuge adquirente a través de un *constructive trust*. Es posible que en algunos casos este *constructive trust* se conforme con posterioridad a la adquisición, por ejemplo, mediante las contribuciones del cónyuge no propietario a la amortización de un crédito hipotecario o a los gastos paralelos de los cónyuges; en tal caso es más difícil que tal institución se haga constar registralmente. La oponibilidad de los derechos a través de su publicidad registral es, en cualquier caso, determinada por la ley española como *lex rei sitae* (art. 10.1º Cc).

Algunas cuestiones, sin embargo, ponen en entredicho lo manifestado en la escritura y ciertas afirmaciones de la DGSJyFP. En primer lugar, se señala en la escritura que para calificar la capacidad del vendedor se ha tenido en cuenta su ley nacional, aserto que menciona la Resolución antes de hacer una referencia poco entendible a la doctrina del interés nacional contenida en el art. 10.8º Cc, que permitiría la aplicación de la ley española a la capacidad de un británico en contratos celebrados en España, si la causa de la incapacidad según el Derecho nacional es desconocida en España. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar se rigen por la ley nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 9.1º Cc, pero no es dicha ley la que determina las limitaciones de disponer que derivan del régimen de bienes de un matrimonio, sino la indicada por el art. 9.2º Cc [sí, como es presumible, no resultan de aplicación, por razones transitorias, las disposiciones contenidas en el Reglamento (UE) nº 2016/1103]. Del texto de la Resolución no se desprende que la aplicación de la ley británica sea evidente. El notario hace referencia a que el régimen económico matrimonial de un extranjero viene determinado por su ley nacional, lo que no es exacto, aunque valga para la capacidad. La primera conexión, conforme al art. 9.2º Cc, es la ley personal “común” de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio: en ningún momento se ha señalado que el otro cónyuge tuviera nacionalidad británica, ni cabe descartar la posibilidad de que ostentaran los cónyuges diferentes nacionalidades y pudiera ser aplicable, por

ejemplo, la ley española como ley de la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, en cuyo caso sería de aplicación lo dispuesto en el art. 1320 Cc.

Aun dando por bueno que el vendedor británico está casado con un o una nacional del mismo Estado, resulta poco creíble, en segundo lugar, que se haya tenido en cuenta la ley “británica” en materia de capacidad o régimen económico matrimonial, pues tal ley, simplemente, no existe. En el Reino Unido coexisten diferentes sistemas legislativos, y en particular el Derecho inglés y el escocés presentan notables diferencias en materia de estatuto personal. El notario autorizante debió concretar tal ley aplicable a partir de lo dispuesto en el art. 12.5º Cc, indicando la aplicación de la ley inglesa, galesa, escocesa o norirlandesa, y no de una inexistente “ley británica”. La DGSJyFP toma el mismo atajo impropio: “la ley material aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio del vendedor es la supletoria vigente en Gran Bretaña, de separación de patrimonios”. Sin ir más lejos, la figura del *constructive trust* es muy nítida en el Derecho inglés, pero presenta perfiles más difusos en el Derecho escocés. Se ignora, pues, cuál es la ley aplicable en realidad.

Finalmente, en ningún momento la registradora ha pretendido la aplicación de la ley española a las cautelas relativas a la enajenación de la vivienda habitual como ley aplicable al régimen económico matrimonial (*lex causae*), sino que ha caracterizado dichas cautelas como susceptibles de configurar el orden público internacional español. Así lo reconoce la DGSJyFP al mencionar el propio Reglamento (UE) nº 2016/1103, que se refiere precisamente, en su considerando 53, a la protección de la vivienda familiar a la hora de ejemplificar el alcance de las leyes de policía del foro aplicables en virtud del art. 30 del Reglamento. Ciertamente, esta aplicación sería plenamente compatible con la aplicabilidad del Derecho “británico” al régimen de bienes. En suma, si el bien hubiese sido propiedad exclusiva del cónyuge, es muy posible que la DGSJyFP pudiera haber confirmado la calificación registral y los razonamientos de la registradora. No obstante, el principio de interpretación restrictiva de tales leyes de policía o del correctivo del orden público contenido en el art. 12.3º Cc sirven a la DGSJyFP para considerar que su invocación, en el caso presente, sería desproporcionada. Ello se debe, según la DGSJyFP, a que el cónyuge es solo propietario de una tercera parte indivisa de la propiedad, lo que hace improcedente la cautela prevista en el art. 1320 Cc, pues el uso como vivienda familiar no permitiría a los copropietarios su utilización conforme a su destino y, además, el consentimiento del cónyuge limitaría el derecho de los comuneros a extinguir la comunidad mediante la compraventa. (S.S.L.)

17. NO DEBE CONFUNDIRSE LA FALTA DE OBLIGACIÓN DE CONOCER EL DERECHO EXTRANJERO EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL CON EL DEBER DE DETERMINAR CUÁL ES LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA APLICABLE

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 2 febrero 2022* desestima el recurso interpuesto por un notario de Valencia y confirma la calificación por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de un inmueble en la cual los compradores son los cónyuges don I. S. y doña K. K., ambos de nacionalidad india, y en la escritura se manifestaba lo siguiente: “Aseverando estar sujeto su matrimonio al régimen legal subsidiario correspondiente a la nacionalidad común de ambos, que es la india, al tiempo de celebración del matrimonio que se celebró en India”.

[...]

“(…) A la vista de las consideraciones precedentes y de la doctrina de este Centro Directivo reseñada en los anteriores fundamentos, el recurso interpuesto no puede ser estimado (...). Alega el recurrente que según la Resolución de este Centro Directivo de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia; en caso contrario, deberá suspender la inscripción, pero en el supuesto concreto del presente recurso, al existir separación de patrimonios de los cónyuges, como ha quedado expuesto, no existe la posibilidad de inscribir conforme resulte de la aplicación del Derecho extranjero, por no haberse hecho constar la cuota de adquisición de

cada cónyuge, ya que no debe presumirse que la adquisición sea por partes iguales, como también ha puesto de manifiesto este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, lo que lleva al necesario cumplimiento de lo dispuesto en el art. 54 del Reglamento Hipotecario.

18. SI LA LEY APLICABLE A SU RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL ES UNA LEY EXTRANJERA, SE POSIBILITARÁ QUE DE ACUERDO CON EL ART. 92 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO LA FINCA SE INSCRIBA CON SUJECCIÓN AL RÉGIMEN MATRIMONIAL DE ESA LEY NACIONAL, SIN NECESIDAD DE ESPECIFICAR CUÁL SEA AQUÉL.

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 mayo 2022*, estima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Callosa d'en Sarrià a inscribir una escritura de compraventa y revoca la calificación impugnada. Los cónyuges don M. W. D. H. W. y doña M. A. A. B., de nacionalidad holandesa compraron determinada finca “de conformidad con su régimen matrimonial y por mitades indivisas entre ellos” y en la escritura otorgada el día 26 noviembre 2021 ante el notario de Alicante los cónyuges se expresaba que “casados bajo el régimen económico matrimonial que rige como supletorio en los Países Bajos”.

[...]

“(…) en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico matrimonial sin que conste cuál sea éste, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al art. 54 RH (...). En el presente caso, la registradora reconoce en su calificación que el régimen económico-matrimonial legal supletorio en Países Bajos es el de comunidad de bienes, pero entiende que no pueden adquirir la finca por mitades y pro indiviso. Lo que ocurre es que resulta inequívocamente de la escritura calificada que los adquirentes no atribuyen carácter propio o privativo a sus respectivas cuotas adquiridas, por lo que cobra todo su sentido –a fin de permitir el tráfico jurídico con unas garantías suficientes– que la inscripción se practique a favor del cónyuge comprador de la cuota respectiva, con sujeción a su régimen matrimonial de comunidad (cf. las Resoluciones de este Centro Directivo de 2 abril 2018 y 1 marzo 2019)”.

19 DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO DE LA ADQUISICIÓN POR RENUNCIA EN DOCUMENTO NOTARIAL DOMINICANO

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 23 febrero 2022* aborda la inscripción de una escritura de compraventa y préstamo hipotecario otorgada en 2016 por compareciente que afirma estar casada, en trámite de separación judicial y que adquiere con carácter privativo, aportando la renuncia de derecho por su marido realizada en 2016 mediante documento público otorgado ante notario dominicano, firmado por ambos cónyuges. En 2017 se dictó sentencia de divorcio por los tribunales españoles, en las que no se liquida el régimen económico matrimonial al estimar que no existen bienes en común. El registrador señala dos defectos: en primer lugar, en aplicación del art. 1347.3º Cc, constante el matrimonio la adquisición debía ser para la comunidad de bienes; en segundo lugar, que el documento de renuncia por el marido es un documento privado con mera legalización de firmas, pero no constituyen capitulaciones matrimoniales ni confesión de privatividad para la compraventa en cuestión. La parte recurrente invoca el carácter público del documento y las manifestaciones de las que deriva la inexistencia de ningún bien común por confesión del marido, la privatividad en la adquisición de cualquier bien futuro y el reconocimiento de una separación de hecho prolongada, que destruye la presunción de ganancialidad, disuelve la sociedad de gananciales e implica la privatividad de cualquier adquisición futura.

Observaciones: Es de destacar que ni la parte recurrente ni la propia DGSJyFP se toman la molestia, en ningún momento, de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, circunstancia que tampoco se puede constatar a la luz de los datos que aporta la resolución. No obstante, tratándose de determinar el carácter privativo de la adquisición de un bien, la cuestión central radica en establecer

la ley aplicable al régimen económico matrimonial y sus efectos, que por razones transitorias debe ser la determinada por el art. 9.2º Cc. Si ambos cónyuges hubiesen tenido la nacionalidad dominicana en el momento de contraer matrimonio (hecho que ignoramos), dicha ley sería la dominicana y no la española, máxime cuando la propia DGSJyFP ha insistido en que determinación de la adquisición de un bien como privativo y la propia prueba de la privatividad depende de los medios previstos en la ley rectora del régimen económico matrimonial. En efecto, si se atiende a la calificación sustantiva seguida por las resoluciones DGRN de 10 septiembre 2018 y 27 febrero 2019, tanto la presunción de ganancialidad como la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, establezcan el carácter privativo de un bien, son cuestiones que deben quedar acreditadas de conformidad con el Derecho aplicable al fondo del régimen económico matrimonial.

Confundiendo una vez más el régimen de los derechos reales considerados *uti singuli* con el régimen de los bienes que pertenecen a un patrimonio (sucesiones, régimen económico matrimonial, etc.), la DGSJyFP se pronuncia en primer lugar invocando la aplicación de la ley española como *lex rei sitae*, dado de que el asunto se refiere a la compraventa e hipoteca de un bien inmueble. Conviene deslindar algunos aspectos que se entremezclan indebidamente: en efecto, conforme al art. 10.1º Cc, la ley española se aplica a la transferencia de la propiedad y a la constitución de la hipoteca sobre un bien inmueble situado en España. La escritura pública puede ser precisa no sólo para determinar el efecto translativo de la propiedad en virtud de la compraventa o la válida constitución de la hipoteca, sino también como documento necesario para la inscripción registral, pero en este caso no por aplicación de la ley española como *lex rei sitae*, sino como ley rectora del procedimiento registral (art. 58 LCJIMC). Ciertamente, si el documento público se otorga ante notario extranjero, es preciso determinar la equivalencia con el documento exigido por la ley española como título de transmisión o creación de los derechos reales (arts. 10.1º Cc) y como título de inscripción (art. 60 LCJIMC). Ocurre, sin embargo, que en este caso la escritura pública se otorga ante un notario español, no extranjero, por lo que plantearse la equivalencia a este respecto resulta absurdo. En suma, los fundamentos tercero, cuarto y quinto de la resolución comentada carecen de incidencia alguna en el caso planteado.

El documento notarial dominicano no se esgrime ni como título de transmisión o creación de los derechos reales ni como título para la inscripción de la compraventa, sino como documento para acreditar el carácter privativo de la adquisición señalado en la escritura otorgada ante notario español, es decir, a efectos probatorios regidos por la ley rectora del régimen económico matrimonial. Si esta ley es la dominicana, no tiene por qué plantearse ni exigirse la equivalencia de la renuncia ante notario español con un documento público notarial en España. De lo que se trata, en tal caso, es de acreditar que conforme a la ley dominicana tal renuncia, en la forma en que ha sido hecha, es suficiente conforme al Derecho dominicano para determinar el carácter privativo del bien, o acreditar la adquisición del bien con carácter privativo por confesión del otro cónyuge y proceder de tal manera a la inscripción de conformidad con lo previsto en el art. 95.4º RH.

Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial fuese la española, en tal caso corresponde determinar el carácter privativo del bien o la adquisición puntual con tal carácter por confesión del consorte de conformidad con las exigencias previstas en la ley española. Si, entre ellas, se estima que la renuncia controvertida debe realizarse en escritura pública o referirse en concreto a un determinado bien, procede entonces, y solo entonces, plantearse si dicha exigencia de forma se respeta, por equivalencia, con el documento notarial dominicano. Si lo que se defiende es la necesidad de que el documento equivalga a unas capitulaciones matrimoniales, en el sentido del art. 1280.3º Cc, cabe recordar que la exigencia de escritura pública no es imperativa, aunque la ley española rija los efectos del matrimonio en virtud del art. 9.2º Cc, pues el art. 9.3º, en relación con el art. 11 Cc, habilita asimismo la validez sustancial y formal de las capitulaciones que respeten las condiciones de forma más livianas previstas en la ley de la nacionalidad o de la residencia de cualquiera de los cónyuges en el momento de su otorgamiento, es decir, de realizarse la renuncia en este caso.

En lugar de plantearse la cuestión en tales términos, la DGSJyFP constata que el notario no realiza ningún juicio formal sobre la equivalencia del documento notarial, sin que se llegue a saber muy bien si tal juicio de equivalencia procede porque la DGSJyFP estima que tal documento es un título de inscripción o porque es preciso que forme parte de unas capitulaciones en el sentido del art. 1280 Cc

(FJ 6). Pero repara la DGSJyFP en el fundamento séptimo que la existencia de la comunidad de bienes es una mera presunción, pues la escritura no expresa cuál es la ley aplicable al régimen económico matrimonial, aunque cabe suponer que se está pensando en el régimen dominicano, en cuyo caso no sería aplicable, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 1347.3º Cc; y también observa la DGSJyFP que las alegaciones del recurrente no se contemplan en la propia escritura, de donde concluye la estimación del primer defecto “con la salvedad antes indicada respecto de la falta de expresión del régimen económico–matrimonial y en relación con la cita de un precepto legal aplicable a la sociedad de gananciales en el Derecho español”. Los argumentos de la DGSJyFP inducen a confusión. El primer defecto, desde luego, es que en la escritura debe hacerse constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, y ello no es una mera “salvedad”. El segundo defecto es que debe acreditarse el contenido de dicha ley, sea la española o la dominicana, en relación con la determinación del carácter privativo del bien o la acreditación suficiente de la privatividad de dicho bien, en concreto, por confesión del consorte. Solo una vez resueltas ambas cuestiones tiene sentido plantearse algún tipo de equivalencia de la renuncia ante el notario dominicano, y no antes.

Como segundo defecto, la DGSJyFP hace un juicio del documento notarial dominicano sin hallar equivalencia con una escritura pública otorgada por un notario español. La DGSJyFP observa que falta el necesario juicio de capacidad y fe de conocimiento de los otorgantes y que en realidad es un documento privado con una mera legitimación de firmas. Tampoco este segundo defecto está bien planteado. La falta de equivalencia, como se ha dicho, solo tendría sentido como argumento si se trata de exigir las capitulaciones requeridas por el Derecho español en el supuesto de que no fuera aplicable ninguna otra ley a la validez formal de las capitulaciones, o bien porque se considerara imprescindible la escritura pública, según el Derecho español, para acreditar la prueba de la privatividad del bien por confesión del otro cónyuge. No sería exigible, por ejemplo, si la ley aplicable fuera la dominicana y esta ley admitiera que un bien se considerará privativo si existe una renuncia por uno de los cónyuges, aun genérica, en documento privado.

En suma, tanto el recurso como la resolución adolecen de un cierto desorden en el planteamiento de las cuestiones y de una aglomeración de razonamientos desconectados del problema real. La denegación de la inscripción resultaba fundada por un defecto inicial y terminante, a saber, la falta de determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y, a la luz de esta, del régimen económico matrimonial. Nada impedía que la esposa hubiese adquirido el bien, señalando que lo hacía conforme a su régimen legal de bienes, al amparo del art. 92 del RH. Pero si pretendía adquirirlo como privativo, por existir un régimen de separación o porque, existiendo un régimen de comunidad de bienes, quedara acreditado conforme a la ley aplicable el carácter privativo del bien, resultaba imprescindible determinar la ley aplicable y acreditar su contenido acerca de la privatividad del bien y de los medios de prueba admisibles para acreditarla. La equivalencia del documento notarial era, en realidad, una cuestión accesoria e incidental, cuya importancia solo podía establecer tras resolver las cuestiones de ley aplicable y del contenido material del Derecho finalmente aplicable. El orden de los factores no altera el producto en la ciencia matemática, pero sí en la jurídica. (S.S.L.)

20 CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 24 mayo 2022* plantea la inscripción de escritura de préstamo garantizado con hipoteca constituida sobre una finca propiedad de los prestatarios, de nacionalidad lituana, con domicilio en Lituania y casados entre sí bajo el régimen económico–matrimonial legal de su país, que, según manifiestan en dicha escritura, es el de comunidad de bienes. Dicha finca fue adquirida mediante escritura de compraventa otorgada el mismo día. El registrador de la Propiedad suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, las manifestaciones contenidas en la escritura calificada acerca del carácter de la propiedad como segunda vivienda no cumplen la exigencia establecida en los arts. 21.3º y 129.2º.b) LH sobre la constancia del carácter, habitual o no habitual, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteca. El notario recurrente alega, en síntesis, que cuando, conforme a la situación convivencial y familiar de los comparecientes, se manifiesta que no están

afectados por las limitaciones a los actos dispositivos que impone el art. 1320 Cc, es evidente que están realizando una manifestación expresa sobre el hecho de que no se trata de su vivienda habitual.

Observaciones: La DGSJyFP revoca la calificación realizada, sobre la base de que, respecto del cumplimiento de los arts. 21.3º y 129.2º LH en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, “a la hora de expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca, puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los arts. 1320 Cc y 91 RH, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia. Pero tales consideraciones no son aplicables a este caso por constituirse la hipoteca por ambos consortes. Por ello, si se tiene en cuenta que los hipotecantes tienen su domicilio en Lituania y manifiestan que compran la finca como «segunda residencia» e, igualmente, que no son aplicables las limitaciones legales impuestas respecto de los actos de disposición sobre vivienda habitual, debe concluirse que, interpretadas las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efecto, están expresando que no se pretende atribuir a la finca que se hipoteca el carácter de vivienda habitual a los efectos de las normas protectoras antes referidas”.

Al margen de la supuesta solución concreta del caso, es indudable que la DGSJyFP parte de la consideración de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1320 Cc como norma de orden público internacional, hecho por otra parte compatible con lo dispuesto en el considerando 53 y en el art. 30 del Reglamento (UE) nº 2016/1103.

21. INSCRIPCIÓN DE UN AUTO DE RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA SUIZA DE DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES QUE MANIFIESTA QUE DON A. B. M. QUEDA COMO ÚNICO PROPIETARIO DE LOS BIENES EN ESPAÑA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 julio 2022* (BOE 2.8.2022), desestima un recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Corcubión–Muros, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales confirmando dicha calificación. *In casu*, por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Corcubión, de fecha 5 mayo 2015, se dictó reconocimiento de sentencia extranjera de divorcio de mutuo acuerdo entre los cónyuges don A. B. M. y doña A. S. D., que había sido dictada el día 30 noviembre 2006 por el Juzgado de Moutier, Distrito judicial I Courtelary–La Neuville (Suiza). En el citado auto del Juzgado de Corcubión, se declaraba válida y ejecutable la sentencia extranjera citada. De esta sentencia extranjera, resultaba lo siguiente: “Consecuentemente queda liquidado el régimen matrimonial de las partes”; y en el convenio incorporado y homologado en la sentencia, se establecía lo siguiente: “El Señor B. queda como único propietario de los inmuebles en España, las partes adquieren la propiedad de los bienes actualmente en su posesión (...). Por tanto, queda liquidado el régimen matrimonial de las partes”.

SOCIEDADES

22. LOS CONSEJEROS, INCLUIDOS LOS DE NACIONALIDAD NO ESPAÑOLA, DEBEN ESTAR DOTADOS DEL CORRESPONDIENTE NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL PARA EL CASO DE TENER QUE RESPONDER POR LOS ACTOS ANTIJURÍDICOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 octubre 2021* desestima un recurso interpuesto por don B. R. V., en nombre y representación de la sociedad “Consentio Platform, S.L.”, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona a inscribir el nombramiento de un miembro del consejo de administración por no constar el Número de Identificación de Extranjeros (NIE) del consejero nombrado Don F. W. De conformidad con el art. 38 RRM.

[Vid. una escritura pública en la que se formaliza un acto con trascendencia tributaria exige la constancia de los números de identificación fiscal de todos los comparecientes y de los que actúen como representantes aunque sean extranjeros (Res. DGRN 24 octubre 2019)]

23. DE ACUERDO CON LA LEY ESPAÑOLA, A SALVO DISPOSICIÓN ESTATUTARIA EN CONTRARIO, EL TRASLADO DE LA SUCURSAL DE UNA SOCIEDAD ES COMPETENCIA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA PROPIA SOCIEDAD Y NO DE SU JUNTA GENERAL NI DE LA REPRESENTACIÓN PERMANENTE DE LA SUCURSAL

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 14 marzo 2022* (BOE 4.4.2022) desestima el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdo de cambio de domicilio.

[...]

“(…) la creación de la sucursal implica por parte de la sociedad matriz el acuerdo de apertura de un centro negocial secundario, dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen en todo o en parte las actividades de la sociedad y en nombre de ésta se realice la actividad jurídica; la creación de una sucursal no da lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, como sucede en caso de creación de filial. En consecuencia y de acuerdo con la ley española, a salvo disposición estatutaria en contrario, el traslado de la sucursal de una sociedad es competencia del órgano de administración de la propia sociedad y no de su junta general ni de la representación permanente de la sucursal. Tratándose de sucursal de sociedad extranjera será su ley nacional la que determine la competencia para tomar dicha decisión. Lo que ocurre en el supuesto que da lugar a la presente es que el representante permanente de la sucursal extranjera (GmbH, equivalente en nuestro derecho a la sociedad de responsabilidad limitada), emite certificado de junta como si se tratase de la junta de la sociedad matriz y afirma la concurrencia de la totalidad de los socios de la sociedad. Dejando de lado el hecho de que el representante de una sucursal extranjera carece de competencia para certificar acuerdos, la ambigüedad del contenido de dicho documento (pues no queda claro si se refiere a la sociedad matriz o a la sucursal), unido al hecho de que es evidente que no existen socios de una sucursal ni, en consecuencia, cabe hablar de junta general de sucursal, impone que no procede la inscripción de traslado solicitada (...). Procede en consecuencia la confirmación de la nota del registrador pues como de la misma resulta no cabe hablar de socios ni de junta general de una sucursal correspondiendo a la ley aplicable determinar si dicha decisión corresponde al órgano de administración, a la junta general de la sociedad matriz o a otro órgano distinto”.

24. A LOS EFECTOS DE IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS QUE DEBAN CONSTAR EN LA HOJA ABIERTA A LA SOCIEDAD PUEDEN SER UTILIZADOS DIVERSOS DOCUMENTOS DE FORMA ALTERNATIVA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 junio 2022*, desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Barcelona a inscribir un acuerdo de aumento de capital social y el nombramiento de un miembro del consejo de administración.

SUCESIONES

25. LA *PROFESSIO IURIS* ES ESENCIAL EN LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA, EN CUANTO ESTABLECE LA LEY APLICABLE, QUE ES LA BASE DE LA SUCESIÓN

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 30 julio 2021* (BOE 11.8.2021) desestima el recurso interpuesto por el notario contra la calificación de la Registradora de la Propiedad que previo examen y calificación de la misma de conformidad con los art. 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento. Los hechos del supuesto son los siguientes: El causante

falleció habiendo otorgado último testamento otorgado en L'Alfas del Pi, el día 21 septiembre 2017, ante el notario, sin embargo no se incorpora ni se acompaña dicho testamento, habiéndose aportado Acta de notoriedad, otorgada en Alicante el 18 enero 2021, ante la notario, a instancias de la citada esposa, en la que la notaria autorizante declara como herederos ab intestato del causante a la esposa y a sus dos hijos don M. H. H. y doña I. M. H, si bien por ser de aplicación el Código holandés se adjudica en la partición todos los bienes la viuda asumiendo todas las deudas de la herencia y teniendo los hijos frente a ella un derecho de crédito por su participación en la herencia. De acuerdo con la Registradora, no se acredita que el testamento no contenga institución de heredero, único supuesto en que cabría la declaración de herederos abintestato, por tanto será necesario aportar el testamento otorgado para una completa calificación de la documentación aportada.

[...]

“(…) en la delación testamentaria, a diferencia de lo que sucede en la sucesión intestada, lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico y, en tanto que tal, se constituye en ley de la sucesión (cf. art. 658 Cc). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cf. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional (cf. art. 16 LH), serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro. Desde esta perspectiva, la calificación del título sucesorio, con arreglo al art. 18 LH y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias (...). En el presente caso, deberá acompañar el testamento a la declaración de herederos, respecto de la cual será de aplicación la doctrina de este Centro Directivo, sobre la limitación de la calificación registral, que no se extiende al título testamentario en las sucesiones en que son compatibles la sucesión testada e intestada como es la que aquí se plantea (...). Por tanto, ambos –testamento y acta de notoriedad– deberán acompañar a la aceptación de herencia y partición junto con el certificado literal de defunción y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad español, que razonablemente constarán incorporados al acta de declaración de herederos.

26. SOBRE LA NECESIDAD DE PRESENTACIÓN DE UN CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO O EN SU DEFECTO LA APORTACIÓN DE CERTIFICADO DEL REGISTRO DE TESTAMENTOS ALEMÁN

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 agosto 2021* estima el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Palamós, relativa a una escritura de manifestación de herencia de un ciudadano alemán y revoca la calificación impugnada.

Observaciones: Señala la DGSJyFP como punto de partida el hecho no discutido de la aplicación de la ley alemana a los pactos sucesorios suscritos entre los cónyuges, que constituyen título para la sucesión en virtud del art. 14 LH. No entra la DGSJyFP en la exigencia subsanada de apostilla, si bien de conformidad con el art. 74 del Reglamento no procede exigir ni apostilla ni legalización. Se ciñe, por tanto, la DGSJyFP a la exigencia de presentación de certificado sucesorio europeo, señalando acertadamente que el hecho de que sea aplicable la ley alemana no implica que deba emitirse un certificado sucesorio europeo por las autoridades alemanas. La explicación de la DGSJyFP es que “realizándose en España los procedimientos de adjudicación de la herencia no existe ningún elemento sucesorio a reconocer en Estado miembro distinto de aquel en que se liquidó la sucesión (arts. 62 y 63 del Reglamento)”. Aunque, en efecto, la emisión del certificado sucesorio sea una cuestión de competencia (art. 64) y no de ley aplicable, no cabe descartar que en algún supuesto pudiese ser expedido por las autoridades alemanas, en la medida en que se de alguno de los criterios de competencia previstos (particularmente en el art. 7) o incluso un conflicto positivo de competencias por diferencias en torno a la determinación de criterios como la residencia habitual. Lo más relevante en este punto, como señala la propia resolución, es que el certificado sucesorio europeo no es en ningún caso un título sucesorio imperativo, sino voluntario, pues convive con los certificados sucesorios nacionales y con los

demás títulos hereditarios reconocidos en el art. 14 LH, por lo que los pactos sucesorios son en sí mismos títulos sucesorios suficientes a los efectos de dicho precepto, sin perjuicio de la eficacia alternativa de un certificado sucesorio europeo.

La DGSJyFP centra la cuestión en la necesidad de acreditar que el pacto sucesorio, en que se basa la liquidación de la herencia y respecto del cual se ha presentado certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad español, es el último título sucesorio. En el presente caso, es preciso indicar que la ley alemana es la ley sucesoria por *professio iuris*, por lo que siguiendo el principio de aportar el certificado del registro testamentario de la *lex causae*, resultaría en realidad procedente si existiera o fuera accesible, aunque este no es el caso del registro testamentario alemán. Más peso tiene el argumento sustantivo, en el sentido de que, aunque tales disposiciones testamentarias existiesen, no podrían alterar el contenido del contrato sucesorio que es el título de la sucesión. (S.S.L.)

27. CONFIRMACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR EN CUANTO ES PRECISA LA PRESENTACIÓN DE COPIA AUTÉNTICA, APOSTILLADA, EN SU CASO, TRADUCIDA, DEL TÍTULO SUCESORIO, SIN PREJUZGAR SU CONTENIDO, VALIDEZ NI CUALQUIER OTRO DEFECTO QUE PUEDA SER OBSERVADO

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 noviembre 2021* (BOE 26.11.2021) desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Barcelona n.º 3 a inscribir una escritura de inventario parcial y entrega de legados y confirma la calificación impugnada.

28. AL SER NECESARIO OSTENTAR VECINDAD CIVIL GALLEGA PARA QUE EL OTORGANTE SE SUJETE A LA LEY GALLEGA, Y SIENDO LA VECINDAD CIVIL UNA CUALIDAD RESERVADA A ESPAÑOLES, NO PROCEDE, EN ESTE CASO, EL OTORGAMIENTO DE PACTO SUCESORIO DE MEJORA

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 enero 2022* (BOE 16.2.2022) desestima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pontevedra n.º 2 a inscribir una escritura de pacto sucesorio de mejora en el contexto del Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio y califica la calificación impugnada. De acuerdo con la presente Resolución:

Nota: Dos cónyuges adjudican una finca a un hijo, en concepto de pacto sucesorio de mejora con entrega de presente, de conformidad con lo previsto en los arts. 214 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Habida cuenta de la nacionalidad extranjera de uno de los adjudicantes (francesa), la registradora estima que carece de vecindad civil gallega y, en consecuencia, no se justifica la sujeción al Derecho sucesorio gallego, máxime cuando no cabe *professio iuris* a favor de un Derecho foral, sino solo a través de la sujeción genérica a una futura ley española, en el caso de que se llegara a adquirir por el adjudicante y la ostentara en el momento del fallecimiento. La registradora interpreta que la condición de ostentar la vecindad civil gallega es una circunstancia personal que, como tal, se califica de exigencia formal en el sentido del considerando 53 y del art. 27.3º Reglamento (UE) n.º 650/2012. Como quiera que la ley gallega es aplicable en virtud de las normas sobre remisión a un sistema plurilegislativo contenidas en el art. 36 del Reglamento, se infiere que al no ostentar la vecindad civil gallega no se cumple con un requisito esencial de “forma” para la eficacia del pacto sucesorio. En su recurso, el notario autorizante invoca la aplicación de la ley gallega como ley de la residencia habitual del causante por aplicación de los arts. 21, 25 y 36.2º del Reglamento, cuyo efecto útil quedaría afectado por la imposibilidad de aplicar la ley de la residencia habitual de los adjudicantes, como ley más próxima y ajustada a su medio social de vida.

La DGSJyFP se plantea con razón, en primer lugar, la sujeción del pacto de mejora con entrega de presente al propio Reglamento (UE) n.º 650/2012, que excluye de su ámbito de aplicación las donaciones y liberalidades [art. 1.2º.g)], y trae a colación a este respecto la sentencia de TJUE (Sala Primera) de 9 septiembre 2021 (as. C-277/20: *UM y HW, como administrador de la herencia de ZL*,

Marktgemeinde Kötschach–Mauthen, Finanzamt Spittal Villach), que ha establecido que las disposiciones que pudieran ser consideradas “donaciones”, pero que solo surten efectos con el fallecimiento del causante, se estiman sucesorias e incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Del mismo modo, en relación con el concepto de “pacto sucesorio” en el sentido del art. 3, ap. 1, letra b), del Reglamento (UE) 650/2012, el TJUE señala en esta decisión que debe interpretarse en el sentido de que un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto. *A sensu contrario*, la entrega de presente hace que los efectos de este “pacto sucesorio” se produzcan de forma inmediata sin diferirse al momento del fallecimiento de los adjudicantes, de forma que parece quedar fuera del concepto de pacto sucesorio o donación *mortis causa* en el sentido del Reglamento y excluido, por tanto, de su ámbito de aplicación.

Por lo que se refiere a una eventual *professio iuris*, el hecho de que el adjudicante haya realizado tal pacto puede significar, a juicio de la DGSJyFP una *professio iuris* tácita para el caso de que el adjudicante extranjero adquiriera en el futuro la nacionalidad española, pues la *professio iuris* permite elegir, como ley aplicable a la sucesión o a un pacto sucesorio (arts. 22.1º y 25.3º), la ley de la nacionalidad que se ostente al hacer la elección o al fallecer. Pero conviene la DGSJyFP en que tal elección solo puede recaer genéricamente sobre el Derecho español, por lo que implicaría una remisión a un sistema plurilegislativo que debería resolverse de conformidad con lo previsto en el art. 36 del Reglamento, esto es, aplicando en su caso la ley de la vecindad civil correspondiente. Ocurre, sin embargo, que al referirse la disposición a un bien sucesorio concreto entiende la DGSJyFP que tal elección de la ley aplicable sería una elección parcial, cuando el art. 22 del Reglamento exige que debe ser una elección de la ley sucesoria para el conjunto de la sucesión.

Descartada la *professio iuris*, la DGSJyFP concuerda en la aplicación de la ley española por ser la ley de la residencia habitual de los adjudicantes de cuya sucesión se trata. Señalada la imposibilidad de aplicar el criterio de la vecindad civil a un extranjero, la DGSJyFP descarta la aplicación del art. 36.1º del Reglamento a favor de la remisión directa a la ley de la residencia habitual que contempla el art. 36.2º y, en consecuencia, de la aplicación genérica de la ley gallega. Llegados a este punto, coincide la DGSJyFP con la registradora en que conforme al art. 4 Ley de Derecho Civil de Galicia “se exige la cualidad de gallego para realizar ese pacto”. Por lo tanto, “el extranjero o el español que no posea la vecindad civil no podrá concertar determinados pactos forales por no ser válidos material y formalmente en la unidad territorial cuyo ordenamiento es directamente aplicable (art. 36.2º)”, lo que lleva a confirmar la calificación de la registradora.

Retoma la DGSJyFP su doctrina sentada en las resoluciones de 24 mayo 2019 y de 10 agosto 2020 en otro punto, a la hora de señalar que “no corresponde a este Centro Directivo valorar y no se prejuzga, si la exigencia de la condición en este caso, de gallego (vecindad civil), en cuanto cualidad subjetiva basada en la propia ley civil gallega, ha de considerarse o no desigualdad en el trato que reciben los ciudadanos europeos –como de cualquier otro Estado, dada el carácter universal del reglamento, en materia de ley aplicable– residentes en España, teniendo presente que es, además, la misma situación para un ciudadano español, distinto del gallego”.

1. Sobre la calificación del pacto conforme al Derecho europeo

Conforme lo dispuesto en el propio Reglamento (UE) nº 650/2012, se excluyen de su ámbito de aplicación las donaciones y liberalidades [art. 1.2º.g)], sin perjuicio de que corresponderá a la ley sucesoria determinar el cómputo o reintegro de dichas liberalidades a fin de determinar los derechos sucesorios y las cuotas de los beneficiarios [art. 23.2º i)], como bien entendió la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (sección 3ª) nº 329/2020 de 15 julio 2020. La STJUE 1ª 9 septiembre 2021 (as. C–277/20: «UM y HW, como administrador de la herencia de ZL, Marktgemeinde Kötschach–Mauthen, Finanzamt Spittal Villach»), citada en la Resolución, ha aclarado que los actos y disposiciones que pudieran ser considerados “donaciones”, pero que solo surten efectos con el fallecimiento del causante, se estiman sucesorias e incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Se confirma, pues, la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de las

donaciones *mortis causa*, en la medida en que podían entenderse implícitas en el concepto de disposiciones *mortis causa*. Del mismo modo, el concepto de “pacto sucesorio” parece ser entendido de forma similar en dicha decisión, esto es, cuando los efectos de la disposición se difieren al momento del fallecimiento.

Es preciso determinar, pues, en primer lugar, si un determinado pacto o una donación entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012. Si al ser un pacto de mejora con entrega de presente se considera que no encaja en el concepto de pacto sucesorio o donación *mortis causa*, quedaría fuera del Reglamento, como sugiere con alguna cautela esta Resolución a la luz de la jurisprudencia reciente del TJUE.

El segundo paso antes de una calificación “nacional”, sería comprobar si se trata, entonces, de un pacto o donación susceptible de considerarse “obligación contractual” en el sentido del Reglamento (CE) n° 593/2008 (“Roma I”) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pues quedan excluidas del RRI, en virtud del art. 1.2°, las donaciones o pactos que traen causa en una relación jurídica de Derecho de familia, relativa al régimen matrimonial o a las sucesiones, lo que puede plantear problemas de calificación [vid., v.gr., SAP Las Palmas 4ª n° 6/2013 de 15 de enero]. Ahora bien, como advierte precisamente la decisión de la Audiencia de Las Palmas que se acaba de citar, no por ello se excluyen las donaciones entre cónyuges o entre personas vinculadas por parentesco, o con herederos, pues en muchos ordenamientos los contratos y donaciones entre cónyuges o herederos son posibles fuera del marco de las relaciones jurídicas familiares o sucesorias (otra cosa son sus efectos y su consideración conforme a la ley sucesoria). Si en virtud de la calificación europea o autónoma, esta institución gallega se considera una “obligación contractual” en el sentido del Reglamento Roma I (RR I) “Roma I,” la ley aplicable se determinaría de conformidad con sus normas, lo que permitiría concluir en la aplicación de la ley gallega como ley tácitamente elegida en el pacto de mejora (art. 3 RRI) o por referirse a un bien inmueble situado en España [art. 4.1°.letra c) RRI], toda vez que cada unidad territorial con Derecho propio es considerada como un país a los efectos del Reglamento (art. 22). No importaría mucho en este punto si la ley gallega reserva esta institución a españoles de vecindad civil gallega, pues aún en tal caso el contenido del pacto de mejora se entendería válido conforme al principio de autonomía contractual, al igual que la incorporación del Derecho gallego por referencia, esto es, como mero pacto entre las partes. Los efectos de este pacto sobre las legítimas o los derechos sucesorios se regirían, en todo caso, por la ley rectora de la sucesión, que como veremos es asimismo la ley gallega.

La delimitación se complica si se considera que estamos ante un pacto o donación vinculado a las relaciones sucesorias en el sentido del RRI, es decir, excluido tanto de la aplicación del Reglamento sucesorio como del Reglamento en materia de obligaciones contractuales. No parece que esta conclusión sea razonable o compatible con un principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo, pero no puede descartarse completamente. En ese caso, el 12.1° Cc obliga a calificar conforme a la ley española y eso podría llevar a considerar que, en efecto, en España se considere una donación o pacto vinculado a las relaciones sucesorias, lo que nos llevaría, extrañamente, al 9.8° Cc (por no ser aplicable el Reglamento sucesorio) y a la aplicación de la ley nacional, a la sazón la ley francesa.

2. Sobre la *professio iuris*

Dos cuestiones en torno a la *professio iuris* se barajan en la calificación y en la resolución del recurso. El primero de ellos es claro: la *professio iuris* comporta la elección del Derecho de la nacionalidad o de cualquiera de las nacionalidades del causante o disponente, sin que quepa una elección de un Derecho foral. En la hipótesis de que los causantes tuviesen la nacionalidad española en el momento del fallecimiento, la elección de un Derecho foral puede resultar problemática. Por una parte, el art. 22 del Reglamento habilita la elección de la ley nacional, pero no contempla la ley de una unidad territorial dentro del Estado cuya ley ha sido elegida, como advierte la Res. DGRN 29 mayo 2019. La elección de un derecho foral sin mencionar la ley nacional puede ser un indicio de elección tácita de la ley española, pero de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.1° del Reglamento, en relación con los arts. 9.8°, 14 y 16 Cc, en cualquiera de los casos dentro del sistema español la aplicación de la ley española viene determinada *ex lege* en virtud de la vecindad civil. Dicho de otra forma, si el causante llegara a tener nacionalidad española en el momento de fallecer, la elección solo puede interpretarse como eficaz

si ha elegido la ley correspondiente a su vecindad civil (en este caso la gallega). Si hubiesen elegido una ley distinta a la correspondiente a su vecindad civil dentro de la ley española, un criterio elemental de interpretación conforme a la verdadera voluntad de las partes, en cuya elección no contemplaron la eventual aplicación de una ley española “distinta” a la elegida, aboca a la ineficacia de la elección (art. 22 del Reglamento) y a la aplicación pura y simple de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 21 del Reglamento. No obstante, en determinados casos, una interpretación *in favorem negotii* puede amparar la aplicación de la ley interna española aplicable *ex lege* en virtud de la vecindad civil del causante (nunca la indebidamente elegida por él), si diera validez a disposiciones testamentarias nulas según la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento. Hasta cierto punto, en el presente caso la admisión de esta *professio iuris* es intrascendente, por cuanto, como veremos, la aplicación de la ley gallega resulta de la residencia habitual del adjudicante de conformidad con el propio Reglamento.

La segunda cuestión tiene que ver con el respeto del principio de unidad de la sucesión en caso de *professio iuris*. En este punto, la referencia a la STJUE 9 septiembre 2021 (as. C-277/20: *UM y HW, como administrador de la herencia de ZL, Marktgemeinde Kötschach-Mauthen, Finanzamt Spittal Villach*») requiere algunas precisiones. El razonamiento de la DGSJyFP parece correcto sobre el papel: si la elección recae en un pacto sucesorio relativo a un solo bien hereditario, la *professio iuris* es ineficaz, por cuanto solo cabe la elección de la ley sucesoria para regir la totalidad de la sucesión. Esta afirmación se contiene, en efecto, en la decisión del TJUE citada, pero en el caso litigioso se trataba de una *professio iuris* expresa en un contrato hipotéticamente sucesorio y en que no había duda de que tal elección expresa solo se refería al alcance de dicho contrato. Esta premisa, sin embargo, no es tan evidente cuando de lo que se trata es de determinar la existencia de una *professio iuris* tácita. El pacto de mejora no contiene una elección expresa del Derecho gallego, sino que tal sujeción al Derecho gallego se infiere tácitamente de haber hecho uso de una institución característica del Derecho gallego. En tal sentido, la elección tácita se infiere, en el sentido del art. 22.2º del Reglamento, de una disposición *mortis causa* o de los términos de un pacto sucesorio singular como es el pacto de mejora del Derecho gallego, pero de tal inferencia no se desprende necesariamente que los adjudicantes hayan limitado su elección tácita del Derecho gallego a este pacto. Cabe interpretar que los adjudicantes partieron de la base de la aplicación genérica del Derecho gallego, dentro del español, no solo a tal pacto sino a la sucesión en su conjunto, a al menos ninguna cláusula del pacto demuestra lo contrario, como ocurría en el caso resuelto por el TJUE por razón de la formulación de la propia cláusula de elección de la ley aplicable.

3. Sobre la concurrencia de la vecindad civil gallega como exigencia de validez sustancial o formal del pacto

Resulta incontrovertido que, de aplicarse el Reglamento (UE) nº 650/2012, en defecto de *professio iuris*, resultaría aplicable a admisibilidad y validez sustancial del pacto la validez la ley española como ley de la residencia habitual de los adjudicantes en el momento de realizarse el pacto (art. 25.2º) y a la validez formal cualquiera de las leyes contempladas en el art. 27 del Reglamento. Nótese que una calificación estrictamente formal de la condición de gallego como condición de eficacia del pacto (art. 27.3º del Reglamento) avalaría su eficacia por el mero hecho del lugar del otorgamiento y la residencia de los adjudicantes en Galicia, conforme a lo previsto en el art. 27 del Reglamento en relación con el art. 36.3.

En cuanto a la admisibilidad y validez sustancial del pacto sucesorio, tal referencia a la ley española conllevaría la aplicación del Derecho gallego por acción del art. 36.2º del Reglamento, dada la imposibilidad de considerar la vecindad civil en el caso de un adjudicante extranjero. La DGSJyFP, en aplicación del Derecho gallego, considera, no obstante, que existe una autolimitación de sus normas impuesta por el art. 4 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que impide reconocer la eficacia sustancial de un pacto de mejora que está reservado a adjudicantes de vecindad civil gallega. Para justificar esta postura, la DGSJyFP parece encontrar una analogía cierta con el asunto de la donación con definición de legítima del Derecho balear resuelto por la Resolución DGRN de 29 mayo 2019, cuyos planteamientos fueron corregidos por los tribunales.

La analogía entre ambos casos, sin embargo, no es ni mucho menos perfecta. En el caso del art. 50 de la Compilación balear, la restricción se contenía en la propia regulación de la institución en el precepto citado, que expresamente se refiere a la subvecindad mallorquina de los ascendientes. En el presente caso, el razonamiento es muy distinto y presenta un alcance general: en ningún momento la regulación del pacto de mejora en el Derecho gallego contempla o reitera la necesidad para su eficacia de que los adjudicantes sean gallegos. Esta conclusión se extrae, indirectamente, del art. 4 de la Compilación gallega, en la medida en que recoge el criterio de aplicación general de los derechos civiles o forales, que no es otro que la vecindad civil. El art. 4, por lo demás, no podría decir otra cosa, como observa la DGSJyFP, pues compete en exclusiva al Estado establecer los criterios de aplicación espacial de los Derechos civiles (art. 149.1º.8ª CE).

Sin embargo, la vecindad civil como punto de conexión o criterio de aplicación espacial del Derecho civil se formula en relación con los conflictos de leyes internos, por más que su aplicación pueda extenderse a la solución de los conflictos de leyes internacionales. En este último caso, la extensión no viene ordenada ni por el Derecho español ni por el Derecho gallego, sino por remisión del propio legislador europeo en el art. 36 del Reglamento. Sentado lo anterior, el razonamiento de la DGSJyFP, llevado al extremo, implicaría la imposibilidad de aplicar el Derecho gallego o el catalán o cualquier otro derecho foral a ninguna institución cuando se trate de extranjeros y resulte aplicable la ley española, por cuanto el criterio de aplicación del Derecho foral o especial es generalmente, en materias de estatuto personal, la vecindad civil, que es un vínculo del que siempre carecen los extranjeros. Como quiera que la aplicación de la ley española es insoslayable, el resultado sería la aplicación subsidiaria del Código civil a los extranjeros, en todo caso.

La interpretación de la DGSJyFP no es de recibo: del hecho de que en España la aplicación del Derecho civil gallego se haga depender de la vecindad civil gallega no cabe deducir que la condición personal de gallego esté implícita como una condición sustancial o formal de un pacto sucesorio de mejora, capaz de limitar su aplicación en supuestos internacionales. En supuestos transfronterizos, la aplicación del Derecho gallego no encuentra su razón de ser en las reglas que regulan en España los conflictos de leyes internos, sino en una norma de conflicto de leyes internacional que, en último término, permite recurrir a las normas de conflictos de leyes internos en la medida en que sean operativas, y las desplaza en otro caso (art. 36.2º). Mantener la interpretación de la DGSJyFP no solo implica un desequilibrio artificial entre los derechos forales y el Derecho común español, sino que, como señala el notario en su recurso, daña el efecto útil del Reglamento europeo, que, salvo excepciones debidamente justificadas, estima que la justicia conflictual pasa por aplicar la ley de la residencia consolidada del causante, donde se suele ubicar su patrimonio y que representa su medio social de vida, de forma que el extranjero que vive en Galicia se pueda acoger al Derecho gallego como si fuera gallego, a menos que las normas sobre conflictos de leyes en España establezcan un criterio diferente de proximidad que resultara aplicable. De esta manera, si los causantes no ostentan la nacionalidad española ni en el momento de disponer ni en el momento de fallecer, la aplicación de la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21 del Reglamento) o del fallecimiento presunto (art. 25 del Reglamento) no implica, sin embargo, la aplicación directa del Código civil, si dicha residencia se hallaba en España. Al carecer de nacionalidad española, el criterio de la “vecindad civil” contemplado en España como punto de conexión para los conflictos de leyes internos resulta inaplicable y, en consecuencia, la solución prevista en el art. 36.1º del Reglamento tampoco es aplicable, por lo que procede recurrir a la solución prevista en el art. 36.2º a) para los supuestos de remisión en virtud de la residencia habitual a un sistema plurilegislativo carente de normas de conflictos internos operativas. Dicha solución consiste, entonces, en la aplicación de la ley de la unidad territorial en que hubiera tenido su residencia el causante en el momento del fallecimiento. Si, en el presente caso, los adjudicantes tienen nacionalidad francesa y disponen teniendo residencia en Galicia, resulta de aplicación el Derecho civil de Galicia, en virtud de lo dispuesto en el art. 21 y 25 del Reglamento en relación con el art. 36.2º a). En virtud de los mismos preceptos, si su residencia habitual se ubicaba en territorio de Derecho común, sería de aplicación el Código civil.

En este orden de ideas, conviene añadir que una discriminación parcial es tan contraria al Derecho europeo como una discriminación total. Dicho de otro modo, el hecho señalado por la DGSJyFP de que

la exclusión de los no gallegos del pacto de mejora afecte por igual a extranjeros y a otros españoles no dice ni añade nada sobre su caracterización como discriminatoria a los efectos del Derecho europeo. Una discriminación parcial, esto es, de los extranjeros respecto de una parte, aunque sea muy pequeña, de españoles, es contraria al Derecho europeo, como señaló el TJUE, por ejemplo, en los asuntos resueltos en las SSTJUE 6 junio 2000 (as. C- 291/98: *Argonese*) o 16 enero 2003 (as. C-388/01: *Comisión/Italia*). Cosa distinta es que se considere que tal discriminación existe. En el ámbito del Derecho internacional privado, recientemente el TJUE se ha pronunciado al respecto de la utilización de la nacionalidad como un elemento determinante de la propia compatibilidad de las normas europeas con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE), en particular del foro de competencia judicial internacional del art. 3 del Reglamento (CE) n° 2201/2003, que permite presentar la demanda relativa a una causa matrimonial al demandante residente en un Estado que acredite un plazo de residencia, que es menor si ostenta la nacionalidad de dicho Estado [STJUE 3ª 10 febrero 2022 (as. C-522/20: *OE*)]. Pero, en este caso, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de un extranjero que reside en Galicia de poder disponer de sus bienes *mortis causa* de conformidad con la ley del territorio en que reside desde hace lustros no solo le pone en una situación diferencial respecto de los españoles con vecindad civil gallega, sino del resto de españoles que con un plazo tal de residencia podrían haber accedido a una vecindad civil que le está vedada al extranjero que reside en dicho territorio por idéntico plazo.

Cabe presumir, pues, que los tribunales corregirán de igual modo esta interpretación avalando la aplicación del Derecho gallego, tanto en su conjunto como por lo que se refiere a los pactos sucesorios característicos del Derecho gallego, como ley sucesoria de los extranjeros que, residiendo en Galicia, carecen de la vecindad civil gallega.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

VECINDAD CIVIL

28. NECESIDAD DE QUE EN LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE LOS TRANSMITENTES DE VECINDAD CIVIL VASCA (Res. DGSJYFP 28 febrero 2022)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 febrero 2022* (BOE 14.3.2022) desestima el recurso interpuesto por el notario de Callosa de Segura, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Torreveja n° 3, a inscribir una escritura de compraventa, confirmando la calificación impugnada. En la escritura calificada no constaba el régimen económico-matrimonial de los transmitentes de vecindad civil vasca y este es el defecto que puso de manifiesto el Registrador.

[...]

En el presente supuesto, en el que la escritura de herencia se otorgó en Madrid y los bienes adquiridos por los herederos se inscribieron sin indicar su carácter privativo, y dado que consta la vecindad civil vasca, debe expresarse el régimen económico del matrimonio, toda vez que si éste es el de comunicación foral es indudable que, como antes ha quedado expuesto, la venta afecta a los derechos de la sociedad conyugal.

Por lo demás, la conclusión no cambiaría si se hubiera hecho constar en el Registro de la Propiedad el carácter privativo de la adquisición (como figura en la nota registral informativa a que se refiere la escritura calificada), toda vez que, de estar sujeto el heredero al régimen de comunicación foral, para la validez de la venta de dicho bien también sería necesario el consentimiento del consorte, conforme al art. 135 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, antes transcrito”.

* S. Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

Foros internacionales

Unión Europea

1. LA COMISIÓN EUROPEA INICIA UNA INVESTIGACIÓN EN PROFUNDIDAD SOBRE EL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE A ANTIN POR EL QUE SE IMPONE UNA COMPENSACIÓN A ESPAÑA (19 junio 2021)

La Comisión Europea inició una investigación en profundidad con objeto de evaluar si el laudo arbitral por el que España debe pagar una compensación a Antin debido al apoyo cesante tras la modificación de una medida de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables se ajusta a las normas de la UE en materia de ayudas estatales.

En particular, las dudas de la Comisión afectan a los siguientes aspectos:

- i) La conformidad del laudo arbitral con los principios de confianza mutua y autonomía del Derecho de la UE. La base en que se sustenta el laudo son las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía relativas a las relaciones entre inversores y Estados. En su sentencia en el asunto C-284/16, *Achmea*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que el arbitraje entre inversores y Estados, cuando se aplica entre Estados miembros de la UE, socava el sistema de recursos legales previsto en los Tratados de la UE para resolver esos litigios. Por lo tanto, supone una amenaza para la autonomía del Derecho de la UE y el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.
- ii) Si el laudo arbitral puede generar discriminación entre los inversores en función de su nacionalidad y su capacidad de recurrir al arbitraje internacional, dado que los inversores españoles no tienen la posibilidad de interponer una acción ante un tribunal de arbitraje por las modificaciones del régimen de 2007.
- iii) La conformidad del laudo con las Directrices de la Comisión de 2008 sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente y las Directrices de la Comisión de 2014 sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía. Las instalaciones de energías renovables en las que ya había invertido Antin se benefician del régimen de ayudas de 2013, que ha sido autorizado por la Comisión con arreglo a las normas sobre ayudas estatales. La Comisión investigará si el apoyo adicional concedido por el laudo arbitral es necesario para el desarrollo de una actividad económica, tiene efecto incentivador y es proporcionado. Asimismo, investigará si conceder ese apoyo únicamente a Antin puede falsear indebidamente la competencia.

La Comisión va a llevar a cabo una investigación en profundidad para determinar si sus reservas iniciales se confirman. El inicio de una investigación en profundidad otorga a todas las partes interesadas una oportunidad de formular observaciones sobre la medida. No prejuzga en ningún modo el resultado de la investigación.

[Vid. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Alonso Moreda, "Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto Antin c. España y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad", *La Ley: Mediación y Arbitraje*, nº 9, 2021]

2. CONCLUSIONES DEL CONSEJO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS ADULTOS VULNERABLES EN EL CONJUNTO DE LA UNIÓN EUROPEA (17 agosto 2021)

EL DO C 330 de 17.8.2021 publica las Conclusiones del Consejo sobre la protección de los adultos vulnerables en el conjunto de la Unión Europea. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 diciembre 2006, de la que son parte tanto la UE como sus Estados miembros, no aborda la discapacidad desde una "perspectiva de vulnerabilidad", sino más bien con un enfoque basado en los derechos humanos, por lo cual el

Convenio de La Haya de 13 enero 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos debe aplicarse respetando plenamente la referida Convención. La aplicación de estos dos instrumentos persigue el objetivo común de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad.

[...]

24. En la actualidad, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, no existen normas de Derecho internacional privado relacionadas con la protección de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas que sean aplicables en el conjunto de la UE, y existen disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección. La diversidad de normas sobre estas cuestiones podría perjudicar a los adultos vulnerables en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el Estado miembro de su elección. También podría constituir un obstáculo para estos ciudadanos a la hora de obtener una protección adecuada en relación con la administración de sus bienes en un contexto transfronterizo.

25. El derecho de autodeterminación es un derecho fundamental, y los poderes de representación mediante los cuales un adulto ha tomado disposiciones con antelación para su cuidado o representación deben respetarse dentro de la UE.

26. El Convenio de La Haya de 2000 prevé medidas para la protección en situaciones internacionales de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. Este Convenio pretende evitar conflictos entre los sistemas jurídicos de las Partes contratantes en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las medidas para la protección de los adultos, al tiempo que garantiza la fuerza jurídica en todas las Partes contratantes de los poderes de representación expedidos en una de ellas y establece un mecanismo de cooperación administrativa entre las Partes.

27. Los adultos vulnerables pueden enfrentarse a importantes dificultades en un contexto transfronterizo dentro de la UE, por ejemplo cuando una decisión de designación de un representante emitida en un Estado miembro debe ser reconocida en otro Estado miembro, o cuando es necesario tomar disposiciones sobre los bienes inmuebles o las cuentas bancarias que estas personas tienen en el extranjero, en muchos casos para garantizar su propia subsistencia.

28. En la Conferencia de alto nivel sobre el tema “La protección de los adultos vulnerables en Europa – El camino a seguir”, celebrada el 30 marzo 2021, algunos oradores destacaron que, si bien es importante adquirir experiencia y evaluar los resultados de la aplicación del Convenio de La Haya de 2000, la UE debería ser más ambiciosa e ir más allá en la labor de aproximación de las normas de Derecho internacional privado a fin de garantizar la protección efectiva de los adultos vulnerables sobre la base del principio de reconocimiento mutuo.

[...]

Conclusiones

[...]

EL CONSEJO PIDE A LOS ESTADOS MIEMBROS:

[...]

En materia de Derecho civil

- que promuevan un mayor conocimiento del Convenio de La Haya de 2000 en los órganos jurisdiccionales y entre los profesionales y todas las partes que intervienen en su aplicación, en particular mediante el intercambio de experiencias y la definición de buenas prácticas, en el caso de aquellos Estados miembros que ya son partes en dicho Convenio;

- que avancen en los procedimientos de ratificación del Convenio de La Haya de 2000, a fin de ultimar la ratificación lo antes posible, en particular de cara a la próxima reunión de la Comisión Especial sobre este Convenio organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el caso de aquellos Estados miembros que ya hayan comenzado tales procedimientos;
- que inicien lo antes posible o impriman impulso a las consultas nacionales sobre una posible adhesión al Convenio de La Haya de 2000, en el caso de los restantes Estados miembros;
- que se aseguren de que las medidas nacionales de protección de los adultos vulnerables son acordes a la CDPD;

[...]

3. EL PARLAMENTO EUROPEO PROPONE VISADOS ESPECIALES PARA LAS MUJERES AFGANAS QUE BUSCAN PROTECCIÓN (16 septiembre 2021)

El Parlamento deplora la violenta toma de poder en Afganistán y pide más ayuda humanitaria y una respuesta coordinada para proteger a los más vulnerables. En una resolución adoptada el 16 septiembre 2021) con 536 votos a favor, 96 en contra y 50 abstenciones, el pleno insta a la UE y a sus Estados miembros a colaborar para continuar evacuando ciudadanos de la Unión y afganos en situación de riesgo, en particular mediante el uso de corredores seguros. Los eurodiputados mostraron su consternación por las violaciones denunciadas, incluidas ejecuciones, reclutamientos de niños soldados, represión de protestas pacíficas y manifestaciones de disidencia, y restricciones de los derechos humanos dirigidas especialmente a mujeres y niñas.

4. INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE LOS DESARROLLOS E INTENSIFICACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA EXPLOTACIÓN DE LOS MIGRANTES EN EL MARCO DEL NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO (29 septiembre 2021)

Un año después de la adopción de la propuesta de un nuevo pacto sobre migración y asilo, la Comisión ha presentado el 29 septiembre 2021 un informe sobre migración y asilo (COM(2021) 590 final). La Comisión también ha adoptado un plan de acción renovado de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes y una Comunicación sobre la aplicación de la Directiva sobre sanciones a los empleadores.

El presente informe identifica acciones para mejorar la puesta en práctica de la directiva, para abordar el uso ineficiente de las normas sobre sanciones, medidas de protección e inspecciones por parte de los Estados miembros para detectar empleadores abusivos y proteger a los migrantes de la explotación. Para ayudar a los Estados miembros a mejorar la aplicación de las normas de la UE comúnmente acordadas, la Comisión:

- Promover el diálogo con las autoridades de los Estados miembros y diversas partes interesadas, incluso mediante el relanzamiento de su Grupo de expertos sobre migración irregular sobre la Directiva sobre sanciones a los empleadores en 2021.
- Apoyar el intercambio de buenas prácticas trabajando con partes interesadas como las autoridades laborales y de inmigración nacionales, los sindicatos, las organizaciones de la sociedad civil, los interlocutores sociales, las organizaciones internacionales y la Plataforma europea para abordar el trabajo no declarado.
- Supervisar continuamente la aplicación de la Directiva y centrarse en su aplicación efectiva, iniciando procedimientos de infracción si procede.

La Comisión se comprometió a implementar las medidas presentadas en la Comunicación e informará sobre los resultados obtenidos en el próximo informe de implementación que debe

presentarse en 2024 a más tardar. A la luz de los avances logrados, la Comisión considerará entonces si se justifican enmiendas al marco legal existente.

5. HACIA UN ESPACIO COMÚN EUROPEO DE DATOS PARA EL PATRIMONIO CULTURAL (“ESPACIO DE DATOS”) (12 noviembre 2021)

El DO L 401 de 12.11.2021 publicó la Recomendación (UE) 2021/1970 de la Comisión de 10 noviembre 2021 relativa a un espacio común europeo de datos para el patrimonio cultural. Su finalidad es preparar el terreno para un espacio común europeo de datos para el patrimonio cultural (“espacio de datos”), ayudando así a las instituciones responsables del patrimonio cultural a acelerar sus esfuerzos de digitalización y conservación, y a aprovechar las oportunidades generadas por la transformación digital.

6. LA COMISIÓN INSTA A BÉLGICA, ITALIA, LUXEMBURGO, AUSTRIA, PORTUGAL, RUMANÍA Y SUECIA A QUE PONGAN FIN A LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI) CON OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE (2 diciembre 2021)

La Comisión ha decidido incoar procedimientos de infracción el 2 diciembre 2021 contra Bélgica, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Rumanía y Suecia por no haber retirado efectivamente de sus ordenamientos jurídicos los tratados bilaterales de inversión (TBI) entre Estados miembros de los que son parte contratante, con objeto de que estos dejen de producir efectos jurídicos. La posición de la Comisión desde hace tiempo es que los TBI entre Estados miembros constituyen un sistema paralelo de tratados que se solapa y entra en conflicto con el Derecho de la Unión, impidiendo así su plena aplicación.

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Achmea* (C-284/16), todos los Estados miembros se comprometieron en 2019 a finalizar sus TBI dentro de la Unión de manera coordinada mediante un tratado multilateral o a través de finalizaciones bilaterales convenientes. La Comisión observa que ni Austria ni Suecia firmaron el tratado multilateral con otros Estados miembros, ni concluyeron la finalización bilateral de sus TBI entre Estados miembros de la UE. Si bien Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumanía firmaron el tratado multilateral en mayo de 2020, no han completado todavía el proceso de ratificación, necesario para garantizar la seguridad jurídica de los inversores y las empresas. La Comisión insta a los Estados miembros mencionados a que adopten de manera urgente todas las medidas necesarias para retirar los TBI entre Estados miembros de la UE de su ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Si estos no dan una respuesta satisfactoria en un plazo de dos meses, la Comisión puede optar por enviar dictámenes motivados.

Por este motivo la Comisión envió un dictamen motivado complementario a Suecia por no garantizar eficazmente que su tratado bilateral de inversión (BIT) con Rumanía deje de producir efectos jurídicos. Si bien Suecia retiró formal e inequívocamente el TBI de su ordenamiento jurídico mediante un acuerdo mutuo con Rumanía, no ha garantizado el grado necesario de seguridad jurídica para los inversores y las empresas, ya que, en la práctica, no eliminó todos los efectos jurídicos derivados del TBI desde que surgió por primera vez su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Esto ha permitido a los tribunales de arbitraje adoptar su propio punto de vista sobre la validez del TBI, confirmando hasta la fecha su aplicabilidad y aceptando su competencia sobre la base de sus disposiciones. La Comisión insta a Suecia a que adopte todas las medidas necesarias para garantizar que su TBI con Rumanía deje de producir efectos jurídicos, teniendo en cuenta la incompatibilidad del TBI con el Derecho de la Unión. En ausencia de una respuesta satisfactoria por parte de Suecia en el plazo de dos meses, la Comisión puede optar por remitir el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7. EL PROYECTO DE TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA MODERNIZADO: LA SOLICITUD DE DICTAMEN DE BÉLGICA ES INADMISIBLE, DEBIDO A SU CARÁCTER PREMATURO (Dictamen TJ 1/20 16 junio 2022) totalidad en el Reino Unido.

De conformidad con el Dictamen 1/20 del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 16 junio de 2022: *Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado* considera que no dispone de elementos suficientes sobre el contenido mismo del proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado y que, por lo tanto, la solicitud de dictamen, dado su carácter prematuro, debe considerarse inadmisibile.

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), aprobado en nombre de las Comunidades Europeas en 1997, no ha sido objeto de ninguna revisión sustancial desde su entrada en vigor en 1998. En 2020 se entablaron negociaciones sobre su modernización. Dichas negociaciones debían basarse, en particular, en una lista de materias abiertas a la negociación adoptada en 2018 por la Conferencia sobre la Carta. En el curso de las negociaciones, la Unión Europea propuso modificar el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados contratantes. Dado que la materia a la que pertenece ese mecanismo no estaba comprendida en la citada lista, la apertura de negociaciones sobre esa materia debía ser objeto de consenso entre las partes contratantes. En este caso, no se alcanzó tal consenso.

El 2 diciembre 2020, el Reino de Bélgica presentó al Tribunal de Justicia una solicitud de dictamen sobre la compatibilidad con los Tratados del mecanismo de solución de controversias previsto en el proyecto de TCE modernizado, así como de los conceptos de “inversión” e “inversor”. En esencia, dicho Estado miembro expresa dudas acerca de la aplicabilidad de dicho mecanismo a los litigios entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro.

Apreciación del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia, tras advertir que en la fecha de presentación de la solicitud de dictamen no existía ningún documento que contuviera el texto del TCE, en su versión modernizada, ni el de su art. 26, señala, en primer lugar, que en esa misma fecha las negociaciones se encontraban en una fase muy incipiente. Expone que, aunque se había identificado una lista de materias abiertas a negociación y esta no incluía el mecanismo de solución de controversias, habría podido y podría aún lograrse un consenso entre las partes contratantes acerca de la inclusión en dicha lista de la materia a la que pertenece el mecanismo de solución de controversias. Por consiguiente, el desenlace de las eventuales negociaciones sobre esta materia no es suficientemente previsible y no cabe excluir que la disposición relativa a este mecanismo se modifique.

A continuación, el Tribunal de Justicia considera que el alcance del mecanismo de solución de controversias se halla condicionado por la definición de los conceptos de “inversión” e “inversor”, que son objeto de las negociaciones. Ahora bien, señala que hasta la fecha no se ha adoptado ningún texto modificativo de la disposición que establece estos conceptos. Además, a su juicio, la incidencia que podrían tener las posibles modificaciones de tales conceptos en el mecanismo de solución de controversias no puede apreciarse si no existe ningún elemento que permita conocer con cierta precisión las normas por las que se rige dicho mecanismo. Habida cuenta de estas incertidumbres, el Tribunal de Justicia estima que no dispone de elementos suficientes sobre el contenido y, más concretamente, sobre el ámbito de aplicación de la disposición relativa al mecanismo de solución de controversias, tal como figurará en el TCE modernizado. Por lo tanto, la solicitud de dictamen resulta prematura. Por último, el Tribunal de Justicia examina las consideraciones de oportunidad, expuestas por algunos Estados miembros participantes en el procedimiento, que según ellos justifican un posicionamiento por su parte sobre la cuestión de la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias con los Tratados. Dichas consideraciones se refieren, entre otras, a la falta de unanimidad entre los Estados miembros en la interpretación de la aplicación del mecanismo de solución de controversias a los litigios entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro y a la negativa de los árbitros a declararse incompetentes para conocer de esos litigios en el marco de los procedimientos

arbitrales basados en dicho mecanismo. A este respecto, por una parte, el Tribunal de Justicia declara que tales consideraciones son ajenas a la finalidad del procedimiento de dictamen, puesto que el mecanismo de solución de controversias está ya en vigor. Por otra parte, el Tribunal de Justicia recuerda que ya ha declarado que, en virtud del principio de autonomía del Derecho de la Unión, el mecanismo de solución de controversias previsto por el TCE no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro.

8. UNIÓN EUROPEA–NUEVA ZELANDA: EL CONSEJO ALLANA EL CAMINO PARA LA CELEBRACIÓN DE UN ACUERDO DE ASOCIACIÓN (20 junio 2022)

El Consejo ha adoptado el 22 de junio una decisión sobre la celebración de un acuerdo de asociación sobre las relaciones y la cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros y Nueva Zelanda. Esta decisión allana el camino, por parte de la UE, para la entrada en vigor del acuerdo a finales julio 2022.

9. CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN: EL CONSEJO ADOPTA SU ORIENTACIÓN GENERAL (10 junio 2022)

Como parte del trabajo realizado bajo la presidencia francesa para reformar y fortalecer el espacio Schengen ante los nuevos desafíos, el Consejo ha adoptado el 10 junio 2022 y su orientación general sobre la reforma del código de fronteras Schengen. Esta reforma: (i) proporciona nuevas herramientas para combatir la instrumentalización de los flujos migratorios; (ii) establece un nuevo marco legal para las medidas en las fronteras exteriores en caso de crisis sanitaria, aprovechando las lecciones aprendidas de la experiencia con el COVID-19; (iii) actualiza el marco jurídico para restablecer los controles en las fronteras interiores a fin de salvaguardar el principio de libre circulación al tiempo que responde a amenazas persistentes; (iv) introduce medidas alternativas a estos controles. El enfoque general ahora permite al Consejo iniciar negociaciones con el Parlamento Europeo, una vez que el Parlamento haya adoptado su propia posición.

10. AVANCES EN EL CONSEJO SOBRE EL NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO (22 junio 2022)

Los Estados miembros acordaron iniciar negociaciones con el Parlamento Europeo sobre dos herramientas clave de gestión de la migración: la base de datos Eurodac revisada y el reglamento de control. Esto sigue al acuerdo político alcanzado en esta primera etapa de las propuestas del Pacto en la reunión junio Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. La Comisión acogió con satisfacción el acuerdo de los Estados miembros de 22 junio 2022 de comenzar a implementar un mecanismo voluntario de solidaridad ofreciendo reubicaciones, contribuciones financieras y otras medidas de apoyo a los Estados miembros que lo necesiten

Cámara de Comercio Internacional

11. REGLAS UNIFORMES PARA LAS OPERACIONES COMERCIALES DIGITALES (URD TT) APROBADAS POR COMISIÓN BANCARIA DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (1 octubre 2021)

Tras una intensa actividad preparatoria iniciada en diciembre de 2018 y seis borradores, el 1 octubre 2021, la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) publicó la versión 1.0 de las Reglas Uniformes para las Operaciones Comerciales Digitales (URD TT), que definen la transacción comercial digital, establece los principios aplicables a cada parte de una transacción digital y regula la presentación de registros electrónicos como prueba en las transacciones. El enfoque adoptado para redactar estas reglas ha sido el de elaborar reglas que sean neutrales en cuanto al medio empleado para llevar a cabo, en forma de operación comercial digital, una operación comercial subyacente, que se realizará utilizando registros electrónicos y no documentos en papel. La estructura de las normas es la de una operación física subyacente – ya sea la compraventa de bienes o la prestación de servicios– que las partes principales han acordado evidenciar electrónicamente, incluyendo un método de pago que en sí mismo es electrónico.

Las URD TT no son sólo un conjunto de reglas para la banca; alcanzan también al mundo empresarial y a la creciente comunidad de proveedores de servicios no bancarios. El objeto de las URD TT es regir en un escenario digital, teniendo en cuenta la innovación más reciente no solo en la tecnología de registros distribuidos, sino también en el uso de inteligencia artificial, el procesamiento del lenguaje natural, el aprendizaje automático, el análisis de datos, los contratos inteligentes, los objetos inteligentes y el Internet de las cosas. Todos estos elementos tendrán un impacto considerable en la forma de hacer negocios en el futuro.

Las URD TT están diseñadas para ser utilizadas en entornos totalmente digitales y pretenden ser neutrales con respecto a la tecnología y las normas de mensajería y extenderse al espacio empresarial, incluyendo las transacciones comerciales y a los proveedores no bancarios de servicios financieros. Se aplican a las transacciones en la medida en que se estipula en los términos y condiciones de una transacción digital y a todas las partes de la transacción. Para ello definen la transacción comercial digital como el proceso en el que se utilizan registros electrónicos para acreditar la compraventa y el nacimiento de una obligación de pago.

Las Reglas establecen detalladamente los principios para el uso de los registros electrónicos.

- i) el cumplimiento de un registro electrónico debe establecerse en los términos y condiciones de una transacción comercial digital y toda la información con respecto a una transacción comercial digital debe entregarse en forma de registro electrónico;
- ii) salvo que la legislación aplicable establezca lo contrario, el requisito de que la información esté por escrito se considera cumplido cuando dicha información sea accesible para un destinatario a través de un registro electrónico que no se vea afectado por ninguna corrupción de datos;
- iii) si un registro electrónico no cumple con los términos y condiciones, el remitente debe ser informado de ello. En tal caso, a) el registro electrónico puede ser sustituido, b) los términos y condiciones pueden ser modificados o c) el registro electrónico no conforme puede ser aceptado.

Además, el URD TT incluye disposiciones sobre la obligación de pago y los compromisos de pago del proveedor de servicios financieros, incluyendo su transferencia y fuerza mayor.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

12. EL CIADI PUBLICA DOS NUEVOS DOCUMENTOS SOBRE LA MEDIACIÓN DE INVERSIONES (julio 2021)

Los nuevos documentos publicados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ofrecen una guía completa sobre el campo de la mediación internacional en materia de inversiones, que se encuentra en rápido desarrollo, así como información sobre cómo los Estados están incorporando la mediación en sus tratados de inversión.

Ambos documentos responden al creciente interés de los Estados y los inversores por la mediación como medio para resolver los desacuerdos que surgen en el contexto de las inversiones transfronterizas.

13. EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DEL CIADI APRUEBA UN CONJUNTO COMPLETO DE ENMIENDAS A SUS NORMAS FUNDAMENTALES (21 marzo 2022)

Los Estados miembros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han aprobado un conjunto completo de enmiendas a las normas fundamentales del CIADI para resolver controversias entre inversores extranjeros y sus Estados anfitriones.

Las reglas del CIADI para arbitraje y conciliación se han actualizado para reducir aún más el tiempo y el costo de los casos, incluidos los plazos obligatorios para dictar órdenes y laudos. También están disponibles nuevas reglas de arbitraje acelerado, que reducirían los tiempos de los casos a la mitad cuando las partes las adopten.

Se desarrollaron reglas procesales completamente nuevas para la mediación y la determinación de los hechos. Las reglas de mediación ofrecen un proceso para respaldar una resolución negociada de una disputa entre las partes, mientras que la determinación de hechos brinda una evaluación imparcial y específica de los hechos relacionados con una inversión. Ambos pueden utilizarse como procedimientos independientes o en combinación con un procedimiento de arbitraje.

14. EL CIADI Y LA CNUDMI PUBLICAN LA CUARTA VERSIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE CONDUCTA PARA PARA ÁRBITROS EN CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (25 julio 2022)

Las Secretarías del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) han preparado una versión actualizada del Código de Conducta para Árbitros en Controversias Internacionales de Inversión. Dicha versión ha sido presentada el 25 julio 2022. La versión cuatro del borrador del Código de Conducta refleja una amplia discusión y comentarios sobre el borrador original del Código, que se publicó en mayo de 2020, la versión dos, publicada en abril de 2021, y la versión tres, publicada en septiembre de 2021. La cuarta versión ha sido objeto de comentarios publicados en un documento aparecido el 25 agosto 2022.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

15. NOTAS DE LA CNUDMI SOBRE LA MEDIACIÓN DE 2021

En las Notas de la CNUDMI sobre la mediación (2021) se enumeran y se describen brevemente cuestiones relacionadas con la mediación. La finalidad de las Notas, preparadas prestando especial atención a la mediación internacional, es que sean utilizadas de manera general y universal por los profesionales de la mediación y las partes en las controversias. Dada la flexibilidad que caracteriza a la mediación, los estilos, las prácticas y los métodos procesales para fomentar un arreglo entre las partes varían. Cada enfoque tiene sus ventajas. Por lo tanto, con las Notas no se pretende promover ninguna práctica en particular como si fuera la mejor.

Antecedentes

La CNUDMI reconoció el valor de la conciliación o mediación (término intercambiable utilizado para adaptarse al uso real en la práctica) como método de arreglo amistoso de las controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales y respondió aprobando el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), que ofrece un conjunto internacionalmente armonizado de normas procedimentales para la sustanciación de procesos de conciliación.

En vista del reconocimiento y el uso creciente de la conciliación como método para resolver controversias comerciales, se elaboró la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), que fue modificada posteriormente por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). Este texto complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, que se abrió a la firma en Singapur el 7 agosto 2019. La Convención reforzará aún más el uso de la mediación y fomentará el acceso a la justicia.

En la actualidad, la CNUDMI al tiempo que trabaja en la puesta al día del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), ha preparado unas notas sobre la organización del proceso de mediación.

Decisión de la CNUDMI de 14 julio 2021

De conformidad con el procedimiento establecido para la adopción de decisiones de la CNUDMI durante la pandemia de Covid-19, la Comisión adoptó la siguiente decisión el 14 julio 2021:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo el valor de los métodos de solución de controversias a los que se alude con expresiones tales como mediación, conciliación y términos similares, como medio de solución amistosa de controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Observando que esos métodos de solución de controversias se utilizan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional como alternativa a los procesos judiciales, Considerando que el uso de esos métodos de solución de controversias produce beneficios importantes, como disminuir el número de casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilitar la administración de las operaciones internacionales por las partes en una relación comercial y dar lugar a economías en la administración de justicia por los Estados,

Recordando las resoluciones de la Asamblea General relativas a los instrumentos de la CNUDMI sobre esos métodos de solución de controversias, a saber, la resolución 35/52, de 4

diciembre 1980, así como las resoluciones 73/198 y 73/199, de 20 diciembre 2018, sobre el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, respectivamente,

Convencida de que la preparación de un reglamento de mediación que sea aceptable en países con ordenamientos jurídicos y sistemas sociales y económicos diferentes complementaría el marco jurídico vigente en materia de mediación internacional y contribuiría considerablemente a la solución eficaz de controversias y al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas

Teniendo presente la evolución que ha tenido la práctica de la mediación desde la aprobación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980),

Observando además que en la preparación del Reglamento de Mediación de la CNUDMI se aprovecharon enormemente las consultas con los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales interesadas y las organizaciones no gubernamentales,

Aprueba el Reglamento de Mediación de la CNUDMI tal como figura en el anexo III del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones 21;

Recomienda la utilización del Reglamento de Mediación de la CNUDMI en la solución de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales;

Solicita al Secretario General que publique el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, incluso por medios electrónicos, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, y que le dé amplia difusión entre los Gobiernos y demás órganos interesados”

Finalidad de las Notas

Las Notas tienen por objeto ayudar a las partes a comprender mejor la mediación, en particular la gama amplia y flexible de resultados que puede arrojar. Las partes y el mediador pueden valerse de estas Notas o remitirse a ellas a su criterio y en la medida que estimen conveniente, sin tener que adoptar ningún elemento de ellas en particular ni tener que aducir razones para no hacerlo. Las Notas no imponen ninguna obligación jurídica vinculante para las partes o para el mediador y tampoco se prestan a ser utilizadas como reglamento de mediación.

Lista de cuestiones que cabría considerar al organizar la mediación

Las partes pueden acordar la aplicación de un reglamento de mediación. Las disposiciones de ese reglamento suelen establecer el marco procedimental de la mediación. También contienen modelos de cláusulas de mediación que pueden ser fácilmente adoptadas por las partes en sus contratos comerciales. Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CNUDMI es un reglamento de procedimiento, que puede utilizarse sin necesidad de recurrir a una institución encargada de administrar la mediación y que las partes pueden modificar y adaptar como deseen. Las partes también pueden decidir que el procedimiento sea administrado por una institución. La mayoría de los reglamentos institucionales, además, otorgan a las partes un alto grado de flexibilidad.

Con independencia de lo anterior las partes deben de atender a una serie de cuestiones a la hora de organizar la mediación, que figuran ampliamente detalladas en las Notas de 2021.

16. LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS ELIGE NUEVOS MIEMBROS DE LA CNUDMI (16 marzo 2022)

El 16 de marzo la Asamblea General ha elegido a 34 miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El número de miembros de la Comisión aumentó de 60 a 70 Estados mediante la resolución A/RES/76/109 de 9 diciembre 2021. Se elegirán cinco miembros adicionales durante el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, y los cinco miembros adicionales restantes a ser elegido durante el septuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General.

En la 61ª sesión plenaria de su 76ª sesión el 15 de marzo, la Asamblea General eligió a Afganistán, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bielorrusia, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Chequia, República Democrática del Congo, India, Irán, Irak, Israel, Italia, Kenia, Kuwait, Malawi, Mauricio, Marruecos, Nigeria, Panamá, Polonia, Arabia Saudita, Somalia, España, Tailandia, Turquía, Turkmenistán, Uganda, Estados Unidos y Venezuela como miembros de la CNUDMI por un período de seis años a partir del 27 junio 2022.

Los Estados de Europa occidental y otros ocuparon siete de los ocho escaños asignados. La Asamblea llevará a cabo una elección previa notificación de los Estados Miembros interesados de esta región para el puesto vacante restante.

El mandato de los siguientes 30 Estados miembros de la Comisión continúa hasta 2025: Argelia, Bélgica, Camerún, Canadá, China, Côte d'Ivoire, Croacia, República Dominicana, Ecuador, Finlandia, Francia, Alemania, Ghana, Honduras, Hungría, Indonesia, Japón, Malasia, Malí, México, Perú, República de Corea, Federación Rusa, Singapur, Sudáfrica, Suiza, Ucrania, Reino Unido, Viet Nam, Zimbabue.

17. VEINTICINCO AÑOS DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA (30 mayo 2022)

Se diseñó este instrumento para ayudar a los Estados a tratar con mayor eficacia y eficiencia las insolvencias transfronterizas al permitir: (a) el acceso directo a los tribunales por parte de los representantes de la insolvencia extranjeros y los acreedores extranjeros; (b) reconocimiento oportuno de procedimientos de insolvencia extranjeros; (c) la provisión de medidas oportunas y efectivas para ayudar en los procedimientos de insolvencia extranjeros; (d) coordinación de procedimientos concurrentes respecto del mismo deudor; y (e) la cooperación entre los tribunales y entre los representantes de la insolvencia. Esto se logra respetando las diferencias en las leyes procesales internas y sin interferir en la ley sustantiva de insolvencia.

Han promulgado la Ley Modelo, Cincuenta y un Estados en un total de 55 jurisdicciones y otras jurisdicciones la utilizan como referencia al redactar sus leyes.

La Ley Modelo se complementa con dos leyes modelo de la CNUDMI más recientes en el ámbito del derecho de la insolvencia: la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con la Insolvencia con Guía para la Promulgación (2018) y la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos Empresariales con Guía para la Promulgación (2019). Los materiales de orientación publicados recientemente explican cómo esas dos leyes modelo podrían promulgarse junto con el texto de 1997 o además del mismo y están disponibles en los 6 idiomas oficiales de la ONU.

La interpretación y aplicación uniformes de la Ley Modelo, importante para lograr sus objetivos, ha sido asistida por la jurisprudencia sobre la Ley Modelo recopilada en CLOUT, el sistema de información de jurisprudencia sobre los textos de la CNUDMI. El Compendio de Jurisprudencia sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, publicado en 2021, organiza la jurisprudencia por cada artículo de la Ley Modelo para facilitar la referencia de los usuarios. Este Digest está disponible en los seis idiomas de las Naciones Unidas.

La jurisprudencia relacionada con la Ley Modelo se ha presentado también en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: La Perspectiva Judicial “, desde la perspectiva de un juez. Las actualizaciones de la edición de 2013 de esa publicación fueron aprobadas por el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI (Reglamento de la Insolvencia) en su 60º período de sesiones en abril de 2022 y estarán ante la CNUDMI en su próximo período de sesiones anual. Se espera que la publicación de la edición actualizada esté disponible en 2023.

La Ley Modelo también es pertinente para la labor actual del Grupo de Trabajo V (Ley de la Insolvencia) sobre localización y recuperación de activos civiles y la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia

22. LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL CONCLUYE SU 55º PERÍODO DE SESIONES EN NUEVA YORK (20 julio 2022)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha adoptado textos legislativos sobre la venta judicial de buques y sobre el uso y reconocimiento transfronterizo de gestión de identidad y servicios de confianza, así como un conjunto de recomendaciones sobre el uso del Reglamento de Mediación de la CNUDMI en su 55º período de sesiones en Nueva York. Mesa redonda sobre asistencia técnica a la reforma legal en materia de insolvencia; y también se realizaron eventos paralelos sobre negociaciones internacionales sobre comercio digital y “doble sombrero” en la solución de controversias inversor-Estado.

Finalización y adopción de textos

Convenio sobre las Ventas Judiciales de Buques

La Comisión aprobó el borrador final de la Convención sobre las Ventas Judiciales de Buques y recomendó su adopción por la Asamblea General en su próxima 77ª sesión. La Comisión también recomendó que la Asamblea General autorice una ceremonia de firma que se llevará a cabo tan pronto como sea posible en 2023 en Beijing, y que el Convenio se conozca como el “Convenio de Beijing sobre la Venta Judicial de Buques”. Se espera que el Convenio brinde protección legal para los compradores de naves vendidas por venta judicial, salvaguardando los intereses de los armadores y acreedores. El borrador de la Convención fue desarrollado por el Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI, que celebró seis sesiones entre 2019 y 2022, la mayoría de ellas en formato híbrido bajo arreglos especiales de COVID-19.

Ley Modelo sobre el Uso y Reconocimiento Transfronterizo de Gestión de Identidad y Servicios de Confianza

La Comisión adoptó la Ley Modelo sobre el Uso y el Reconocimiento Transfronterizo de Servicios de Gestión de Identidad y de Confianza. Los servicios de gestión de identidad brindan garantías sobre la correcta identificación en línea de personas físicas y jurídicas, mientras que los servicios de confianza certifican la calidad de los datos, como su origen e integridad. En esas áreas, la Ley Modelo establece un estándar uniforme para el intercambio de transacciones y documentos electrónicos y, de manera más general, los datos subyacentes. Es el primer texto legislativo que lo hace a nivel mundial y, como tal, ofrece un componente legal para el comercio digital en todo el mundo, que complementa el conjunto existente de textos legislativos de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Recomendaciones para ayudar a los centros de mediación y otros órganos interesados con respecto a la mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la CNUDMI

La Comisión también adoptó las Recomendaciones sobre el uso de las Reglas de Mediación de la CNUDMI que se han desarrollado para informar y ayudar a los centros de mediación y otros órganos interesados que planean usar las Reglas de Mediación de la CNUDMI en el contexto institucional y para asegurar el uso armonioso de esas reglas.

Trabajo futuro

La Comisión discutió varios temas para su asignación a sus grupos de trabajo. En el área de resolución de disputas en la economía digital (DRDE), la secretaría llevará a cabo un inventario

de los asuntos legales relacionados con el apoyo del Gobierno de Japón. La Comisión solicitó al Grupo de Trabajo II que elabore un texto de orientación sobre la desestimación anticipada y la determinación preliminar en el arbitraje comercial internacional y que elabore textos sobre la resolución acelerada de controversias y adjudicaciones relacionadas con la tecnología. En el área del comercio digital, el Grupo de Trabajo IV comenzará a trabajar en dos proyectos en conjunto: el uso de la automatización (incluida la inteligencia artificial) en la contratación y transacciones de datos, con énfasis en los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de suministro de datos. La secretaría también desarrollará una guía sobre cuestiones legales en la contratación de blockchain. En el área de transporte, el Grupo de Trabajo VI se ocupará del desarrollo de un nuevo instrumento sobre documentos negociables de transporte multimodal.

Continuará el trabajo exploratorio sobre un “kit de emergencia” para que los Estados eviten las interrupciones del comercio internacional causadas por una pandemia o una emergencia económica, al igual que el trabajo exploratorio sobre cuestiones de derecho privado relacionadas con inversiones limpias (incluidas las transacciones de créditos de carbono) y otras formas de traducir el cambio climático. mitigación, adaptación y resiliencia en el derecho comercial internacional.

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

18. LA REPRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA FIRMÓ EN LA HAYA EL CONVENIO DE 2 JULIO 2019 SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL (2 marzo 2022)

La Sra. Jennifer DeWitt Walsh, Jefa de Misión Adjunta Interina, en representación de los Estados Unidos de América, firmó el Convenio de 2 julio 2019 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (Convenio de Sentencias). La Sra. DeWitt Walsh estuvo acompañada por la Sra. Emily Kimball, Consejera Jurídica, y la Sra. Lara Berlin, Consejera Jurídica Adjunta.

Aunque la Convención de Sentencias de 2019 aún no está en vigor, Estados Unidos de América es su sexto signatario.

El Convenio de 2 julio 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (Convención de Sentencias HCCH 2019) facilita la circulación internacional efectiva de sentencias en materia civil o comercial. Al establecer las condiciones comúnmente aceptadas para el reconocimiento y la ejecución, y los motivos acordados para la denegación, el Convenio brinda seguridad jurídica y previsibilidad a las partes involucradas en transacciones transfronterizas, brindando claridad sobre si una sentencia será reconocida y ejecutada y en qué medida, otra jurisdicción. Al garantizar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, la Convención mejora el acceso a la justicia al reducir los plazos legales, los costos y los riesgos en circunstancias transfronterizas. La Convención generalmente fortalece un entorno nacional e internacional positivo para el comercio multilateral, la inversión y la movilidad.

19. ACUERDOS DEL CONSEJO DE ASUNTOS GENERALES Y POLÍTICAS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (7 marzo 2022)

El Consejo de Asuntos Generales y Políticas (CGAP) de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se reunió en línea del 28 de febrero al 4 marzo 2022, con más de 450 participantes en representación de 75 miembros de la HCCH, 5 Estados no miembros, 16 organizaciones observadoras y miembros de la Oficina Permanente. Las Conclusiones y Decisiones adoptadas el 7 marzo 2022 por el CGAP ya están disponibles en inglés y francés.

En materia normativa, el CGAP aprobó la publicación de la Guía Práctica de Acceso a la Justicia para Turistas y Visitantes Internacionales y la Herramienta *Practitioners*: Reconocimiento y Ejecución Transfronteriza de Acuerdos Alcanzados en el Curso de Asuntos de Familia que Involucran a Niños; acordó dos reuniones más del Grupo de Trabajo sobre asuntos relacionados con la jurisdicción en litigios civiles o comerciales transnacionales; y respaldó un trabajo exploratorio sobre las implicaciones de la economía digital en el Derecho internacional privado. En varios proyectos, el CGAP acogió con beneplácito la cooperación con la CNUDMI, Unidroit y la OMPI, incluso con respecto al trabajo en las áreas de procedimientos de insolvencia y propiedad intelectual.

En relación a los servicios y asistencia post-Convención, el CGAP acogió con beneplácito los preparativos para las próximas reuniones de la Comisión Especial sobre la Convención de Alimentos de 2007 y su Protocolo, a realizarse presencialmente en mayo de 2022; la Comisión Especial sobre el Convenio de Adopción de 1993, que se realizará en línea en julio de 2022; la Comisión Especial de la Convención para la Protección de Adultos de 2000, programada provisionalmente para noviembre de 2022; así como la Comisión Especial sobre las

Convenciones de Notificación de 1965, Prueba de 1970 y Acceso a la Justicia de 1980 y la Comisión Especial sobre las Convenciones de Sustracción de Menores de 1980 y Protección de Menores de 1996, ambas programadas provisionalmente para 2023.

El CGAP también aprobó la segunda edición del Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de Apostilla; acordó la finalización de la “Toolkit” para Prevenir y Abordar Prácticas Ilícitas en la Adopción Internacional y el Manual Práctico sobre la Convención de 2000 para la Protección de Adultos ; y dio la bienvenida a los preparativos para la Conferencia de Derecho Comercial y Financiero 2022, que se llevará a cabo en septiembre de 2022.

Desde una perspectiva de buena gobernanza, el CGAP acogió con beneplácito el trabajo del Grupo Informal de Embajadores en apoyo de futuras discusiones sobre el desarrollo estratégico de la HCCH. El CGAP aprobó la extensión del Plan Estratégico actual y ordenó el establecimiento de un Grupo de Trabajo para el desarrollo de un nuevo borrador del Plan Estratégico. Este Grupo de Trabajo también considerará, con carácter prioritario, posibles modelos de grupos regionales utilizados por la HCCH. El CGAP también ordenó al JP que busque activamente una representación adecuada en todas las regiones geográficas y de los Estados miembros subrepresentados, al proponer presidentes de reuniones de la HCCH.

Finalmente, el CGAP eligió al Dr. Marcelo De Nardi (Brasil) como su nuevo Presidente, a la Sra. Yael Weiner (Israel) como su Vicepresidenta y agradeció al Sr. Andrew Walter (Australia) como Presidente saliente por su servicio y dedicación a la HCCH durante su mandato.

20. ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL DE 2 JULIO 2019 (14 julio 2022)

El DO L 187 de 14.7.2022 publica la Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo de 12 julio 2022 relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil. Dicho Diario Oficial publica también el referido Convenio.

El Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil (en lo sucesivo, “Convenio”) se celebró auspiciado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 2 julio 2019. Dicho instrumento tiene por objeto promover el acceso a la justicia a escala mundial a través de una cooperación judicial internacional reforzada. En particular, tiene por objeto reducir los riesgos y gastos asociados a los pleitos transfronterizos y la resolución de litigios transfronterizos y, en consecuencia, facilitar el comercio, la inversión y la movilidad internacionales.

La Unión participó activamente en las negociaciones que condujeron a la adopción del Convenio y comparte sus objetivos. En la actualidad, los ciudadanos y las empresas de la Unión que quieren que se reconozca y ejecute en un tercer país una resolución judicial dictada en la Unión se enfrentan a un panorama jurídico heterogéneo debido a la ausencia de un marco internacional integral para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil.

El crecimiento del comercio internacional y de los flujos de inversión internacionales ha aumentado los riesgos jurídicos para las empresas y los ciudadanos de la Unión. Esta situación debe corregirse mediante un sistema predecible de reconocimiento y ejecución transfronterizos de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil. Esos objetivos solo pueden lograrse mediante la adhesión a un sistema de reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones judiciales entre Estados, como el que dispone el Convenio. Al mismo tiempo, el Convenio podría permitir el reconocimiento y la ejecución en la Unión de resoluciones judiciales de terceros países únicamente cuando se respeten los principios fundamentales del Derecho de la Unión.

Participación en el Convenio de las organizaciones regionales de integración económica

De conformidad con el art. 26 del Convenio, las organizaciones regionales de integración económica que tengan competencia en algunas o todas las materias reguladas por el Convenio, como la Unión, pueden firmarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él. En virtud del art. 3, ap. 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Unión tiene competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional en la medida en que dicha celebración pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

El Convenio afecta al Derecho de la Unión, en particular al Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. Por tanto, la Unión dispone de competencia exclusiva en todas las materias reguladas por el Convenio. Según el art. 24, ap. 3, y el art. 28 del Convenio, la adhesión al Convenio puede producirse antes de su entrada en vigor. En consecuencia, la Unión debe adherirse al Convenio.

La Unión declara, de conformidad con su art. 27, que ejerce su competencia en todas las materias reguladas por este. En consecuencia, los Estados miembros habrían de quedar vinculados por el Convenio en virtud de la adhesión de la Unión.

Particularidades

i) En el caso de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles no residenciales, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 atribuye competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté situado el bien inmueble. El Convenio no contiene tal regla de atribución de competencia exclusiva respecto de los arrendamientos de bienes inmuebles no residenciales. Por consiguiente, al adherirse al Convenio, la Unión debe hacer una declaración, de conformidad con el art. 18 del Convenio, en la que precise que el Convenio no se aplicará a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles no residenciales situados en la Unión.

ii) Irlanda está vinculada por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 y, por lo tanto, participa en la adopción de la presente Decisión.

iii) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Decisión y no queda vinculada por esta ni sujeta a su aplicación.

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)

22. EL RÉGIMEN DE TRATADOS DE INVERSIÓN NECESITA REFORMAS PARA APOYAR LA ACCIÓN CLIMÁTICA (6 septiembre 2022)

La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) ha lanzado dos notas temáticas que tratan sobre el régimen de tratados internacionales de inversión y la acción climática. Una nota titulada “Régimen de Tratados Internacionales de Inversión y Acción Climática” brinda a los países recomendaciones de política sobre la reforma del régimen para que esté más alineado con la acción climática y otros imperativos de política pública. Y otra nota titulada “Casos de solución de controversias entre inversores y Estados basados en tratados y acción climática” hace un balance de tales casos relacionados con medidas o sectores de relevancia directa para la acción climática.

Por qué se necesitan reformas

De acuerdo con la primera de estas notas, “el régimen actual de acuerdos internacionales de inversión (AII) puede limitar a los estados a la hora de implementar medidas para combatir el cambio climático”.

El régimen de AII comprende unos 3.300 tratados. Los AII de vieja generación celebrados entre la década de 1980 y principios de la de 2010 a menudo se celebraron con poca o ninguna atención a la flexibilidad regulatoria de los estados anfitriones para la protección ambiental y la acción climática.

La UNCTAD insta a reformar el régimen de AII para garantizar que los tratados de inversión no impidan que los estados logren una transición justa hacia economías bajas en carbono.

Las reformas deben minimizar el riesgo de los estados de enfrentar reclamos de resolución de disputas entre inversionistas y estados (ISDS) relacionados con políticas de cambio climático o de inversionistas con inversiones altas en carbono.

El informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de 2022 destacó los riesgos de que ISDS se utilice para desafiar las políticas climáticas.

Si bien los AII de nueva generación firmados desde 2010 obtienen resultados relativamente mejores en la salvaguardia del derecho de los estados a regular e incorporar disposiciones específicas sobre la protección del medio ambiente, todavía carecen de disposiciones proactivas destinadas a apoyar de manera efectiva la acción climática.

Casos contra políticas climáticas causan preocupación

Muchos casos anteriores de ISDS estaban relacionados con medidas o sectores de relevancia directa para la acción climática. Los inversores reclamantes presentaron al menos 175 casos de ISDS basados en IIA en relación con las medidas adoptadas para la protección del medio ambiente entre 1987 y 2021.

Los inversores en el sector de los combustibles fósiles han sido reclamantes frecuentes de ISDS, iniciando al menos 192 casos de ISDS contra diferentes tipos de conducta estatal.

La última década también ha visto la aparición y proliferación de casos de ISDS presentados por inversores en el sector de las energías renovables, con 80 casos conocidos.

El ISDS es costoso. Las partes contendientes, incluidos los estados demandados, incurren en costos significativos por el trabajo de los árbitros, la administración de los procedimientos y la representación legal, todos los cuales ascienden a varios millones de dólares o más.

Además, los estados demandantes y demandados enfrentan varios años de incertidumbre mientras los procedimientos ISDS están en curso. “Los montos en juego en los procedimientos de ISDS pueden ser cientos de millones o incluso miles de millones de dólares”, dice la segunda nota.

Los procedimientos ISDS también pueden tener costos de reputación para los estados demandados.

Se necesitan medidas inmediatas de reforma del IIA para aliviar tales riesgos y crear el espacio político necesario para que los estados tomen medidas climáticas urgentes, incluso a través de un mayor nivel de flexibilidad en la realización de cambios regulatorios.

Los Estados tienen opciones para reformar las redes de tratados de inversión

Según la UNCTAD, los Estados tienen opciones y herramientas a su disposición para reformar sus AII existentes, incluso sobre la base del Acelerador de Reformas de los AII, el Paquete de Reformas de los AII y el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD.

La UNCTAD identifica dos enfoques amplios para reformar el régimen de AII para la acción climática:

- Hacer que los AII individuales respondan al cambio climático limitando la cobertura de los tratados a las inversiones sostenibles y salvaguardando el derecho y el deber de los Estados de regular en aras del interés público. Esto puede ir acompañado de disposiciones destinadas a promover y facilitar la inversión sostenible.
- Explorar las posibilidades de reconceptualizar el alcance, el propósito y el diseño del régimen de AII mediante la participación en acciones integrales de reforma de los AII a nivel multilateral, regional, bilateral y nacional.

Las reformas son más urgentes que nunca

La UNCTAD intensificará su trabajo con los gobiernos y otras partes interesadas para apoyar los esfuerzos destinados a hacer que el régimen de AII esté más alineado con las preocupaciones de política pública, incluidas las relacionadas con el cambio climático.

Si bien es preferible una reforma efectiva y holística de todo el régimen de AII, por ejemplo a través de un enfoque multilateral coordinado, la UNCTAD dice que las reformas a menor escala de los AII individuales no deben aplazarse con la esperanza de una futura reforma de todo el régimen de AII.

Institut de Droit International

23. EL INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL HACE UN LLAMAMIENTO A TODOS LOS ESTADOS PARA QUE RESPETEN LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA DECLARACIÓN DE BRUJAS DE 2003 (24 febrero 2022)

Según un comunicado del Institut de Droit International debe recordarse lo declarado en su Sesión de Brujas de 2003 sobre el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y hace un llamamiento a todos los Estados para que respeten los principios fundamentales allí mencionados.

BRUGES DECLARATION ON THE USE OF FORCE

The Institut de Droit international

Recalls Article 1 of its Statutes adopted by the Ghent international legal conference (conférence juridique internationale) of 10 September 1873 in which it is stated that the Institut's.

"2. [...] purpose is to promote the progress of international law [...] d) by contributing, within the limits of its competence, either to the maintenance of peace, or to the observance of the laws of war".

Recalls its resolution adopted at the Zurich Session in 1877 entitled "Application of the Law of Nations to the War of 1877 between Russia and Turkey" in which it considered itself "unable to close the present Session without again raising its voices in favour of law and humanity".

The *Institut* considers that its duty is to reaffirm that the use of force by States in international relations is governed by international law. One of the major achievements of the twentieth century was the "outlawing" of war, in particular by the Briand-Kellogg Pact whose 75th anniversary is being celebrated, and by the United Nations Charter on the basis of which the following fundamental principles were proclaimed:

- the threat or use of force are prohibited and States are bound to settle their disputes by peaceful means;
- a war of aggression constitutes an international crime;
- force may be used only in the exercise of the right to legitimate selfdefence or under the authorization of the Security Council;
- the primary responsibility for the maintenance of international peace and security is entrusted to the Security Council.

Only the Security Council, or the General Assembly acting under the more limited framework of the "Uniting For Peace" Resolution of 1950, may, depending on the particular circumstances at hand, decide that a given situation constitutes a threat to international peace and security, without this necessarily meaning that the recourse to force is the only possible adequate response.

The *Institut* equally reaffirms that acts of terrorism, from whatever source, are prohibited under international law and constitute an international crime. In addition, the waging of an armed conflict entails the application of the totality of international humanitarian law and in particular, the following principles:

- the distinction between the civilian population and military personnel as well as between civilian objects and military objectives must be respected in all circumstances; and civilian persons and objects must never be targeted;
- combatants who are captured have the right to be treated as prisoners of war; in cases of doubt, their status has to be determined by a tribunal; and even if such a tribunal decides that they do not meet the conditions for the status of prisoner of war, they nonetheless benefit from the rights guaranteed by international humanitarian law in respect of all persons in the power of the enemy

(which are codified in Article 75 of the First Additional Protocol of 1977 to the Geneva Conventions of 1949).

Belligerent occupation of a territory entails the application of the rules of international humanitarian law codified in the Hague Regulations of 1907, the Fourth Geneva Convention of 1949 and the First Additional Protocol:

- belligerent occupation does not transfer sovereignty over territory to the occupying power;
- the occupying power can only dispose of the resources of the occupied territory to the extent necessary for the current administration of the territory and to meet the essential needs of the population;
- the occupying power assumes the responsibility and the obligation to maintain order and to guarantee the security of the inhabitants of the territory and to protect its historical heritage, cultural property and basic infrastructure essential to the needs of the population;
- the occupying power has the obligation to meet the basic needs of the population;
- the occupying power has the obligation to respect the rights of the inhabitants of the occupied territory which are guaranteed by international humanitarian law and international human rights law, the minimum content of which is codified in Article 75 of the First Additional Protocol.

The Institut de Droit international appealing to the universal conscience of mankind, emphatically requests all States to respect the above mentioned fundamental principles.

Justitia et pace

UNESCO

24. LLAMAMIENTOS DE LA UNESCO Y OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SOBRE EL RIESGO DE TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES UCRANIANOS (4 abril 2022)

En tiempos de conflicto armado, deben reforzarse las medidas de protección del patrimonio cultural, especialmente en el marco de la Convención de la UNESCO contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales de 1970 y otros instrumentos internacionales pertinentes. La UNESCO, UNIDROIT, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, INTERPOL, la Organización Mundial de Aduanas y la Confédération Internationale des Négociants en Œuvres d'Art hacen un llamamiento a los profesionales y al público que participan en el comercio de bienes culturales para que se abstengan de adquirir o participar en la importación, exportación o transferencia de propiedad de bienes culturales cuando tengan motivos razonables para creer que dichos bienes han sido robados, enajenados ilícitamente, excavados clandestinamente o exportados ilícitamente desde Ucrania.

Por su parte, el ICOM (Consejo Internacional de Museos) ya había advertido el 24 febrero 2022 acerca de su preocupación por los riesgos a los que se enfrentan los profesionales de los museos, así como por las amenazas al patrimonio cultural a causa de este conflicto armado. El ICOM confiaba en que ambos países, como Estados Parte de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado y su Primer Protocolo, cumplan con sus obligaciones legales internacionales de protección del patrimonio.

Además el ICOM invitaba a los miembros de la sociedad civil a que se pusiesen en contacto con sus museos locales para ayudarles, en la medida en la que les fuese posible, con los medios para proteger sus edificios y colecciones. Como importantes centros de educación, estudio y disfrute en las comunidades locales, es importante que los museos, puntos de referencia cruciales para las mismas, reciban su apoyo.

Por último, fuera de la zona inmediata de conflicto, esta crisis proporcionará una oportunidad para que individuos sin escrúpulos se beneficien de las amenazas al patrimonio. El ICOM advierte a todas las partes interesadas que estén atentas al posible aumento del contrabando de materiales culturales procedentes de la región, y recuerda a todos los gobiernos nacionales de la misma sus obligaciones legales internacionales de proteger el patrimonio cultural mueble en virtud de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, y del Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, sin olvidar las demás convenciones culturales internacionales para la protección del patrimonio cultural común de la humanidad.

Materiales de la práctica

Selección

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ *

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá.

Organización de las Naciones Unidas

1. LA ONU PUBLICA UNA NUEVA GUÍA PARA FRENAR EL SECUESTRO DE NIÑOS Y OTRAS “VIOLACIONES GRAVES” DURANTE LAS GUERRAS (19 julio 2022)

La ONU publicó el 19 de julio de 2022 una nota orientativa producida por la oficina de Virginia Gamba, en consulta con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Departamento de Asuntos Políticos y de Consolidación de la Paz (DPPA), y el Departamento de Operaciones de Paz en el marco del Grupo de Referencia Técnica del Mecanismo de Monitoreo y Reporte (MRM).

En los últimos años, el secuestro de niños ha aumentado considerablemente en los conflictos armados, ya sea para aterrorizar a las comunidades, atacar a grupos específicos o forzar la participación de los niños en las hostilidades, dijo la oficina de la representante especial.

En respuesta a esta preocupante tendencia, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 2225 en 2015 y reconoció formalmente la importancia de responsabilizar a las partes por el secuestro de niños.

En 2020, aumentó a un 90% el número de incidentes verificados de secuestro y, en 2021, subió otro 20%. Por tanto, según la representante especial, existe una urgente necesidad de garantizar que todos los que trabajan en el monitoreo, la presentación de informes y la defensa estén equipados con herramientas sólidas para prevenir y poner fin a el secuestro de niños, de conformidad con la solicitud del Consejo de Seguridad.

Esta nota de orientación sobre el secuestro tiene como objetivo responder a esta necesidad urgentemente apremiante.

Somalia, la República Democrática del Congo, Siria, Burkina Faso y las naciones de la región de la cuenca del lago Chad vieron el mayor número de niños secuestrados en 2020 y 2021.

Las niñas cada vez más en el punto de mira

Los más afectados fueron los niños, pero las niñas han sido cada vez más atacadas a un ritmo alarmante, sugiere la nota de orientación.

El secuestro de niños para servir en conflictos armados, en contravención del derecho internacional aplicable, tiene consecuencias dramáticas en el bienestar físico y mental de los niños, sus familias y comunidades, con posibles impactos en la paz y la seguridad a largo plazo.

Las consideraciones posteriores a los conflictos también se abordan en las nuevas directrices, incluyendo consejos sobre cómo en los procesos y acuerdos de paz resultantes se puede ayudar a terminar y prevenir el secuestro , así como proporcionar programas de reintegración a largo plazo y personalizados para los niños liberados.

Unión Europea

2. POSICIÓN ADOPTADA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) (17 marzo 2022)

El DO L 89 de 17.3.2022 publicó la Decisión (UE) 2022/438 del Consejo 14 marzo 2022 relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

La Unión no es miembro del CIADI. Sin embargo, ha incorporado, por referencia, las reglas del CIADI en sus acuerdos comerciales y de inversión, en los que se regulan la protección de las inversiones y la solución de diferencias en materia de inversiones. En su Dictamen 2/15, de 16 mayo 2017, el Tribunal de Justicia aclaró que la inversión extranjera directa es competencia exclusiva de la Unión y que los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones no pueden establecerse sin el consentimiento de los Estados miembros.

El Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) votará mediante procedimiento escrito un conjunto de propuestas de enmiendas a las Reglas del CIADI. El procedimiento escrito se inició el 20 enero 2022 y su conclusión está prevista para el 21 marzo 2022.

La Unión utiliza las reglas del CIADI en sus tratados en materia de inversiones, y esas reglas pueden ser utilizadas por inversores de la Unión en casos presentados contra terceros países, por inversores no pertenecientes a la Unión contra Estados miembros de la Unión o por inversores no pertenecientes a la Unión contra la propia Unión cuando se cumplan los requisitos pertinentes del Convenio del CIADI. Con la reforma de las reglas del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI será potencialmente aplicable a las diferencias incoadas contra organizaciones regionales de integración económica como la Unión. Así pues, las enmiendas a las reglas del CIADI surtirán efectos jurídicos en el funcionamiento y la aplicación de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión y en el desarrollo de los procedimientos judiciales en los que la Unión pueda ser parte. Por consiguiente, la Unión tiene un interés particular en la reforma de las reglas del CIADI.

Veintiséis Estados miembros de la Unión son miembros del CIADI. Estos Estados miembros pueden participar en el Consejo Administrativo y votar sobre las reglas modificadas en el contexto del procedimiento escrito.

En consecuencia, conviene que el Consejo adopte la posición de la Unión con respecto a las enmiendas previstas a las reglas del CIADI, de modo que los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio del CIADI puedan expresar, actuando conjuntamente en interés de la Unión, la posición de esta en el Consejo Administrativo del CIADI.

- En el contexto de los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI, las enmiendas actualizan y desarrollan el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, las Reglas de Iniciación del CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI y las Reglas de Conciliación del CIADI. Las enmiendas conducirán, entre otras cosas, a una mayor transparencia de los procedimientos, aclararán las disposiciones sobre la desestimación anticipada de las reclamaciones infundadas y la garantía por costos, e implantarán las obligaciones de revelación de información respecto a la financiación por terceros.
- En el contexto de los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario del CIADI, las enmiendas propuestas actualizan y desarrollan el Reglamento Administrativo y Financiero del Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Conciliación del Mecanismo

Complementario del CIADI. La mayor parte de las enmiendas a los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI se reflejarán también en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Además, el ámbito de aplicación de los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario se ampliará para incluir, entre otras cosas, las diferencias que afecten a organizaciones regionales de integración económica.

- En el contexto de los procedimientos de comprobación de hechos del CIADI, las enmiendas propuestas actualizan y desarrollan las Reglas de Comprobación de Hechos del CIADI y el Reglamento Administrativo y Financiero de Comprobación de Hechos del CIADI.
- En el contexto de la mediación del CIADI, la propuesta de reforma establece un nuevo conjunto de Reglas de Mediación del CIADI y un Reglamento Administrativo y Financiero de Mediación del CIADI.

Las enmiendas responden a las actuales preocupaciones expresadas en relación con el sistema existente de solución de diferencias entre inversores y Estados y mejoran sustancialmente las reglas del CIADI.

La posición que ha de adoptarse en nombre de la Unión con arreglo a la presente Decisión se entiende sin perjuicio del objetivo principal que persiguen la Unión y sus Estados miembros en esta materia, a saber, crear un tribunal multilateral permanente en materia de inversiones que sustituya el actual sistema de arbitraje en materia de inversiones por un mecanismo permanente.

Por consiguiente, el Consejo considera que actuando conjuntamente en interés de la Unión, los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio del CIADI expresarán su aceptación de las enmiendas propuestas a las reglas del CIADI durante el procedimiento de votación por escrito iniciado por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI el 20 enero 2022 y cuya conclusión está prevista para el 21 marzo 2022, aprobando los cuatro proyectos de resoluciones para:

- modificar los Reglamentos y las Reglas aplicables a los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI [AC (C)/RES/1/2022],
- modificar los Reglamentos y las Reglas aplicables a los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario del CIADI [AC (C)/RES/2/2022],
- adoptar Reglamentos y Reglas aplicables a los procedimientos de mediación del CIADI [AC (C)/RES/3/2022], y
- adoptar Reglamentos y Reglas aplicables a los procedimientos de comprobación de hechos del CIADI [AC (C)/RES/4/2022].

3. ORIENTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ESCRUTINIO DE INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS DE RUSIA Y BIELORRUSIA (5 abril 2022)

La Comisión publicó el 5 abril 2022 una guía para los Estados miembros de la UE sobre la evaluación y prevención de amenazas a la seguridad y el orden público de la UE por parte de las inversiones rusas y bielorrusas. La guía destaca el mayor riesgo de las inversiones sujetas a la influencia del gobierno ruso o bielorruso en el contexto de la invasión rusa de Ucrania.

Esta guía se integra en una Comunicación de la Comisión Orientación a los Estados miembros sobre la inversión extranjera directa de Rusia y Bielorrusia en vista de la agresión militar contra Ucrania y las medidas restrictivas establecidas en los recientes Reglamentos del Consejo sobre sanciones (Reglamento (UE) n° 833/2014 del Consejo relativo a medidas restrictivas en vista de las acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania y sus modificaciones y el Reglamento (CE) n° 765/2006 del Consejo, de 18 mayo 2006, sobre medidas restrictivas sobre medidas restrictivas en vista de la situación en Bielorrusia y sus modificaciones) (DO C 1511 de 6.4.2022, pp. 1–12).

Según la Comisión en las circunstancias actuales, existe un riesgo significativamente mayor de que la IED de inversores rusos y bielorrusos pueda representar una amenaza para la seguridad y el orden público. Por lo tanto, dentro de las normas aplicables, dicha IED debe controlarse sistemáticamente y examinarse muy de cerca. Estos riesgos pueden verse exacerbados por la cantidad de inversiones rusas en la UE y la intensidad de las relaciones comerciales anteriores entre la UE y las empresas rusas. Además, se debe prestar especial atención a las amenazas que plantean las inversiones de personas o entidades asociadas, controladas o sujetas a la influencia de los dos gobiernos porque estos gobiernos tienen un fuerte incentivo para interferir en actividades críticas en la UE y utilizar su capacidad controlar o dirigir a los inversores rusos y bielorrusos en la UE con ese fin.

Con este fin, la Comisión Europea insta a los Estados miembros a:

- utilizar sistemáticamente sus mecanismos de control para evaluar y prevenir las amenazas relacionadas con las inversiones rusas y bielorrusas por motivos de seguridad y orden público;
- garantizar una estrecha cooperación entre las autoridades nacionales competentes en materia de sanciones (en lo sucesivo, “NCA”) y las competentes en el control de las inversiones en el contexto de la aplicación de las sanciones de la UE, así como en la identificación de infracciones y la imposición de sanciones;
- aplicar plenamente el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 marzo 2019, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, incluso mediante la participación activa en el mecanismo de cooperación entre los Estados miembros y entre estos y la Comisión, para hacer frente a los riesgos relacionados con la seguridad o el orden público relacionados con la IED de Rusia y Bielorrusia;
- garantizar el pleno cumplimiento de los requisitos de la Directiva contra el blanqueo de capitales para evitar el uso indebido del sistema financiero de la UE; y
- garantizar una estrecha cooperación entre las autoridades de control de los Estados miembros, las ANC y los bancos e instituciones nacionales de fomento, así como las instituciones financieras internacionales de las que los Estados miembros sean accionistas, a fin de identificar inversiones, en particular de Rusia y Bielorrusia, que puedan afectar a la seguridad o el orden público en la UE y facilitar el pleno cumplimiento de las sanciones en las actividades apoyadas por las citadas entidades de inversión pública.

Para aquellos Estados miembros que actualmente no cuentan con un mecanismo de control, o cuyos mecanismos de control no cubren todas las transacciones de IED relevantes o no permiten el control antes de que se realicen las inversiones, la Comisión les pide urgentemente que establezcan un mecanismo de control de IED completo y en mientras tanto, utilizar otros instrumentos jurídicos adecuados para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología supondría un riesgo para la seguridad o el orden público en la UE.

Para aquellos Estados miembros que están en el proceso de establecer dicho mecanismo de control, la Comisión les pide que aceleren su adopción y preparen su implementación, incluido el apoyo con los recursos adecuados.

Finalmente, el Anexo de esta Comunicación también describe las condiciones bajo las cuales los Estados miembros pueden estar autorizados a imponer restricciones a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. Fuera del marco de la UE para el control de la IED, se recomienda encarecidamente a aquellos Estados miembros que hayan establecido medidas según las cuales pueden controlar las inversiones dentro de la UE para perseguir, de manera proporcionada, objetivos legítimos de política pública a utilizar esos mecanismos para en la

mayor medida en relación con las inversiones controladas en última instancia por personas o entidades rusas o bielorrusas, para hacer frente a los riesgos destacados en esta Comunicación.

4. LA COMISIÓN AYUDA A LOS REFUGIADOS PROCEDENTES DE UCRANIA CON CUALIFICACIONES PROFESIONALES A ACCEDER AL EMPLEO EN LA UNIÓN (6 abril 2022)

EL DO L de 6.4.2022, publica una Recomendación de la Comisión sobre el reconocimiento de las cualificaciones académicas y profesionales de las personas que huyen de la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Esta recomendación proporcionará a las autoridades de los Estados miembros orientación y asesoramiento práctico para que apliquen un proceso de reconocimiento rápido, justo y flexible.

Esta recomendación sucede a la primera respuesta de la Comisión para garantizar la rápida integración de las personas que huyen de la guerra, expuesta en la Comunicación “Acoger a las personas que huyen de la guerra en Ucrania: Europa se prepara para cubrir las necesidades”. La Recomendación se basa también en el Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021–2027 de la Comisión, en el que se señala que es fundamental facilitar el reconocimiento de las cualificaciones para mejorar la inclusión de los refugiados y los migrantes en el mercado laboral.

Como consecuencia de la agresión militar y la invasión, no provocadas, por parte de Rusia, han llegado a la Unión más de cuatro millones de personas que huyen de la guerra y buscan protección. Tras atender a las necesidades inmediatas de los refugiados, tales como el alojamiento y la asistencia sanitaria, es esencial para su bienestar y su integración en los países de acogida que, entre otros derechos, puedan acceder a puestos de trabajo para los que están cualificados.

Para ayudar a los Estados miembros a realizar un reconocimiento rápido, justo y flexible de las cualificaciones, la Comisión ha adoptado una serie de medidas, entre las que cabe mencionar las siguientes:

- A petición de la Comisión, la Fundación Europea de Formación ha creado un centro de recursos sobre cualificaciones ucranianas en el que se puede compartir información. El intercambio de información y la transparencia de forma global entre los Estados miembros serán fundamentales para poder llevar a cabo procedimientos acelerados.
- La herramienta eTranslation, desarrollada por la Comisión, se ha adaptado para salvar la barrera lingüística y satisfacer la demanda de traducciones rápidas y fiables del Ucraniano. También es posible y puede resultar útil la traducción a partir del ruso, dado que en Ucrania muchos profesionales obtuvieron sus títulos en ruso.
- Las personas que huyen de la invasión rusa de Ucrania pueden haberse visto obligadas a marchar sin los originales de sus títulos de formación. Tales casos exigen un enfoque flexible sobre la forma de evaluar las solicitudes de reconocimiento, que puede incluir la opción de volver a expedir títulos en formato digital.

La experiencia revela que los refugiados ocupan a menudo empleos por debajo de su nivel de cualificación y están expuestos al riesgo de malas condiciones de trabajo. Esta situación la sufren especialmente las mujeres, que representan una elevada proporción de los refugiados. El establecimiento de un mecanismo de reconocimiento de cualificaciones sencillo y rápido contribuye en gran medida a evitarla. Permite, en efecto, que las personas beneficiarias de protección temporal puedan trabajar en empleos para los que están cualificadas. En la recomendación se aborda el acceso de las personas que huyen de la guerra a profesiones reguladas, entre las que figuran las de enfermero, médico generalista y, dependiendo del Estado miembro, profesor y educador. La afluencia de personas que huyen de la guerra, que necesitan acceso a la atención sanitaria y al cuidado y la educación de los niños, a menudo en su propia lengua, hace más necesarias estas profesiones. Por ello, facilitar el reconocimiento de las

cualificaciones académicas y profesionales puede contribuir a que los profesionales entrantes puedan trabajar rápidamente y ayudar a sus compatriotas. Permite, asimismo, que estas personas adquieran experiencia y competencias pertinentes durante su período de protección temporal que darán un valor añadido a sus cualificaciones cuando regresen a su país de origen.

5. POLÍTICA DE MIGRACIÓN LEGAL AMBICIOSA Y SOSTENIBLE CON EL OBJETO DE ATRAER HABILIDADES Y TALENTO A LA UNIÓN EUROPEA (27 abril 2022)

La Comisión ha propuesto el 27 abril 2022 una política de migración legal ambiciosa y sostenible. Como parte del enfoque global de la migración establecido en el Pacto sobre Migración y Asilo, la Comisión propone iniciativas jurídicas, operativas y políticas que beneficiarán a la economía de la UE, reforzarán la cooperación con terceros países y mejorarán la gestión general de la migración a largo plazo. El conjunto de propuestas también incluye acciones específicas para facilitar la integración en el mercado laboral de la UE de quienes huyen de la invasión rusa de Ucrania.

Antecedentes

Si bien los Estados miembros son los únicos que deciden el volumen de inmigrantes legales que desean admitir, la UE puede apoyarlos con herramientas prácticas y operativas. En las últimas dos décadas, la UE ha desarrollado un marco legal que armoniza en gran medida las condiciones de entrada y residencia de los Estados miembros para los nacionales de terceros países. Una evaluación de este marco legal en 2019 subrayó que se podría hacer más para aumentar el impacto del marco de migración legal de la UE en los desafíos demográficos y migratorios de la UE. Tras una amplia consulta pública y tras dos resoluciones del Parlamento Europeo en 2021, se solicitó a la Comisión que presentara un conjunto de propuestas para facilitar la migración legal a la UE con el objetivo de reducir la burocracia, reforzar la armonización, promover los derechos fundamentales y la igualdad de trato, y prevención de la explotación laboral.

Marco legislativo reforzado

Para proporcionar un marco más eficaz para las vías legales hacia la UE, la Comisión propone revisar la Directiva sobre permisos únicos y la Directiva sobre residentes de larga duración.

- Un procedimiento simplificado para el permiso único de trabajo y residencia combinados hará que el proceso sea más rápido y fácil para los solicitantes y empleadores. Permitirá a los solicitantes presentar solicitudes tanto de países no pertenecientes a la UE como de Estados miembros de la UE y también mejorará las salvaguardias para la igualdad de trato y la protección contra la explotación laboral.
- La revisión de la Directiva sobre residentes de larga duración facilitará la adquisición del estatuto de residente de larga duración de la UE al simplificar las condiciones de admisión, por ejemplo, al permitir la acumulación de períodos de residencia en diferentes Estados miembros. Además, la revisión mejorará los derechos de los residentes de larga duración y sus familiares, incluidas mejoras en la reunificación familiar y facilitará la movilidad dentro de la UE.

Mejor adecuación de las habilidades a las necesidades del mercado laboral

La Comisión propone intensificar la cooperación operativa a nivel de la UE entre los Estados miembros y con los países socios. El trabajo ya está avanzado con una serie de iniciativas clave para hacer coincidir el mercado laboral y las necesidades de habilidades de los Estados miembros y países socios. Tras el lanzamiento de Talent Partnerships en junio de 2021, la Comisión propone ahora una serie de pasos para hacerlos operativos con el objetivo de acordar las primeras Talent Partnerships para finales de 2022.

La Comisión propone establecer la primera plataforma y herramienta de correspondencia a escala de la UE, un grupo de talentos de la UE, para hacer que la UE sea más atractiva para los nacionales de terceros países que buscan oportunidades y ayudar a los empleadores a encontrar el talento que necesitan. Para abordar la necesidad urgente de facilitar el acceso al mercado laboral a los recién llegados de Ucrania, la Comisión propone una iniciativa piloto que debería estar en funcionamiento en el verano de 2022.

Una política de migración legal con visión de futuro

Por último, la Comisión está explorando otras posibles vías de migración legal a la UE a medio y largo plazo. La Comisión ve potencial para centrarse en políticas con visión de futuro en torno a tres áreas de acción: cuidados, juventud e innovación. El objetivo será:

- Atraer habilidades y talento en sectores donde hay escasez y necesidades de mano de obra, por ejemplo, en el sector de cuidados a largo plazo;
- Crear oportunidades para que los jóvenes exploren nuevos países, se beneficien del trabajo y los viajes; y
- Promover el espíritu empresarial innovador dentro de la UE e invertir en nuestra soberanía tecnológica europea.

6. INFORMES ADOPTADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL CONTROL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS (IED) Y SOBRE EL REGLAMENTO DE CONTROL DE EXPORTACIONES (2 septiembre 2022)

El control de la inversión extranjera y los controles de exportación desempeñan un papel fundamental en la salvaguardia de la seguridad y el orden público europeos. Este es el resultado de dos informes adoptados el 2 septiembre 2022 por la Comisión Europea: el informe sobre el control de las Inversiones Extranjeras Directas (IED) y el informe sobre el Reglamento de Control de Exportaciones.

En 2021, la Comisión analizó más de 400 inversiones extranjeras directas en la Unión para garantizar que ninguna de esas inversiones amenace la seguridad o el orden público de los países de la UE. Todos los Estados miembros de la UE, excepto dos, cuentan ahora con mecanismos de control o están en proceso de establecerlos. Mientras tanto, bajo el régimen de control de exportaciones de la UE, los Estados miembros revisaron durante el mismo año unas 40.000 solicitudes de exportación de bienes con potencial uso militar a países no pertenecientes a la UE por valor de 38.400 millones de euros, bloqueando esas exportaciones en poco más de 550 casos.

Selección de IED

El segundo informe anual sobre el control de la IED y el primero que cubre un año natural completo, ya que el Reglamento de control de la IED de la UE entró en plena aplicación en octubre de 2020. Desde la creación del mecanismo de cooperación, la Comisión ha controlado más de 740 IED actas.

El segundo informe anual muestra que el uso del mecanismo se ha expandido en 2021. Sus hallazgos clave destacan que:

La gran mayoría de la IED no plantea ningún problema desde la perspectiva de la seguridad o el orden público y se aprueba rápidamente (tanto a nivel de los Estados miembros como en virtud del Reglamento).

La Comisión completó muy rápidamente la evaluación de las transacciones de IED notificadas por los Estados miembros: el 86 % se evaluó en solo 15 días naturales.

El mecanismo de la UE no frena la apertura de la UE a la IED. Con menos del 3 % de las transacciones que dan lugar a un dictamen de la Comisión, la atención se mantiene en la seguridad y el orden público.

El informe ofrece a la UE una imagen mucho mejor de los patrones de inversión. Muestra que los cinco países principales para el inversor final notificado en 2021 fueron los EE. UU., el Reino Unido, China, las Islas Caimán y Canadá. La IED rusa representó menos del 1,5% de los casos y Bielorrusia el 0,2%.

La IED cubre una amplia gama de sectores, pero la mayoría de los casos notificados se referían a la fabricación (44 %), que abarca un conjunto diverso de industrias que incluyen equipos de defensa, aeroespacial, energía, salud y semiconductores, y tecnologías de la información y las comunicaciones (32 %).

En general, la regulación de la IED ha funcionado de manera rápida y eficiente, brindando una variedad de información útil y evitando que las inversiones presenten riesgos de seguridad, sin restringir el flujo de inversión extranjera.

Controles de exportación

El segundo informe sobre los controles de exportación en virtud del Reglamento de controles de exportación actualizado que entró en vigor el 9 septiembre 2021 y cubre el año 2020.

El informe cubre las exportaciones de doble uso, es decir, artículos que pueden utilizarse con fines civiles y militares. Muestra que las exportaciones totales autorizadas de dichos artículos ascendieron a unos 31 000 millones de euros en 2020.

El nuevo conjunto de normas de la UE ha reforzado los controles de exportación al introducir una nueva dimensión de “seguridad humana”, simplificando los procedimientos y haciendo que el sistema de control de exportaciones sea más ágil y transparente. El trabajo de expertos se está desarrollando en virtud del Reglamento sobre vigilancia cibernética y tecnologías emergentes, con un enfoque particular en la aplicación e implementación de controles por parte de los Estados miembros. Las nuevas reglas también permiten a la UE trabajar más de cerca con los países socios para mejorar la seguridad global y promover la igualdad de condiciones.

En general, el Reglamento de controles de exportación ha hecho que el marco de control de exportaciones sea más eficiente, flexible y con visión de futuro, al tiempo que facilita la cooperación internacional en materia de seguridad.

España

Consejo de Ministros

7. EL CONSEJO DE MINISTROS APROBÓ EL PROGRAMA NACIONAL DE REASENTAMIENTO DE REFUGIADOS PARA 2022 POR EL QUE SE ACOGERÁ A 1.200 PERSONAS (28 diciembre 2021)

El Consejo de Ministros de 28 diciembre 2021 aprobó el Programa Nacional de Reasentamiento de Refugiados en España para el año 2022. Se materializa, un año más, un compromiso que España contrae con un límite que, en el nuevo Programa, se establece en la acogida de hasta 1.200 personas refugiadas a lo largo del próximo año. Con ello se materializa un año más, un compromiso que España contrae con un límite que, en el nuevo Programa, se establece en la acogida de hasta 1.200 personas refugiadas a lo largo del próximo año.

El Consejo de Ministros aprueba anualmente los Programas Nacionales de Reasentamiento, que ofrecen protección a personas refugiadas procedentes de países afectados por conflictos y graves crisis humanitarias. El compromiso del Gobierno de España con este programa se incluye en las prioridades globales de reasentamiento identificadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Unión Europea, y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones es el encargado de ofrecer acogida en el marco del Sistema de Acogida de Protección Internacional.

Inclusión fomenta, además de la acogida de estas familias, su pleno acompañamiento a través de la implantación paulatina de programas de Patrocinio Comunitario, en colaboración con ACNUR y distintas comunidades autónomas. El desarrollo, consolidación y extensión de esta herramienta de acogida constituye para el Ministerio un objetivo esencial a lo largo de 2022.

El Gobierno de España confirma con la aprobación de este nuevo programa un compromiso firme con las personas refugiadas, que se mantendrá a lo largo de 2022. Así, durante el próximo año se han previsto seis misiones de selección de personas refugiadas por parte del Ministerio de Inclusión, incluyendo modalidades de entrevista online de las familias si las condiciones sanitarias impidieran el desplazamiento físico.

Actualmente, ya están previstas en el calendario dos llegadas a España desde Líbano procedentes de países en conflicto, que se producirán durante el primer trimestre de 2022 con un total de 658 personas, cifra que garantiza una alta ejecución del compromiso asumido en este nuevo Programa.

El sistema de acogida se articula en torno a plazas propias (en los Centros de Acogida a Refugiados -CAR-) y centros gestionados por entidades con financiación estatal, con una capacidad superior a las 10.000 plazas en todo el territorio nacional.

8. AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL OTORGADA EN VIRTUD DE LA DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2022/382 DEL CONSEJO DE 4 MARZO 2022 A PERSONAS AFECTADAS POR EL CONFLICTO DE UCRANIA QUE PUEDAN ENCONTRAR REFUGIO EN ESPAÑA (8 marzo 2022)

El Consejo de Ministros de 8 marzo 2022 aprobó el Acuerdo por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 marzo 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

En acuerdo amplía el ámbito de aplicación de la Directiva de Protección Temporal, cuya aplicación fue decidida por primera vez en la historia el pasado jueves en el Consejo de Ministros del Interior de la Unión Europea.

Esta directiva, que permite acceder a sus beneficiarios a los permisos de residencia y trabajo en los 27 países de la Unión Europea, limita su aplicación a los ciudadanos nacionales de Ucrania y de terceros países con permisos de residencia de larga duración (5 años) en este país.

El Gobierno, considerando que las consecuencias de la guerra afectan a otras muchas personas, ha acordado ampliar el ámbito de aplicación de esta directiva también a nacionales de terceros países con residencia efectiva en Ucrania en el momento en que se produjo la invasión.

Además, el Gobierno trabaja en un instrumento jurídico que permita la aplicación de esta directiva de protección temporal de forma inmediata, mediante una simplificación de los trámites, de forma que las personas desplazadas que lleguen a España puedan obtener los derechos que les otorga la directiva de forma sencilla y rápida.

CONSEJO DE ESTADO

9. RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES) DERIVADA DE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LA SENTENCIA DE 21 DICIEMBRE 1998, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 1 DE ROTA (14 julio 2022)

Finalmente, el Consejo de Estado debe llamar la atención sobre la situación habida en el caso presente: el de la inejecución de una sentencia judicial condenatoria de un Estado extranjero. Situación que no es infrecuente y carece de una solución satisfactoria.

Como se ha dicho antes, la imposibilidad de ejecución no comporta por sí una vulneración del derecho a la ejecución, pues puede ser hecho efectivo eventualmente a través de otros mecanismos. En tal sentido, la tan citada Sentencia 107/1992, de julio, del Tribunal Constitucional declaró que

“Además, dicho derecho a la ejecución, entendido *latu sensu* como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa sobre los bienes del Estado extranjero. Así por ejemplo, cabría pensar en el recurso a la vía de la protección diplomática, en los casos en que la misma sea procedente con arreglo al Derecho internacional público, o, en último término, en una asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente la obligación declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas” (FJ 3).

La posibilidad de acudir a la vía de la protección diplomática tiene un margen estrecho. Cabe solo cuando se demuestra que el Estado extranjero ha violado una norma de Derecho internacional relativa a los derechos de los demandantes, estos han agotado los recursos internos frente a él y el Estado propio asume su causa, haciéndola valer como propia frente a aquel. Los presupuestos de esta institución no concurren en el presente caso.

Por otra parte, la “asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente la obligación declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas” a que alude la sentencia del Tribunal Constitucional transcrita no puede encauzarse a través de la vía de la responsabilidad patrimonial, pues la Administración no es responsable de la inejecución.

A juicio del Consejo de Estado, la necesidad de dar adecuada satisfacción a las situaciones de inejecución de las sentencias dictadas contra Estados extranjeros justificaría promover una iniciativa legislativa por virtud de la cual el Estado asumiera en concepto de resarcimiento –y no de responsabilidad– el abono de algún tipo de compensación a quienes se vieran perjudicados por la inejecución. Se trataría de establecer un mecanismo resarcitorio –pues la inejecución de la

sentencia no es imputable a la Administración sino al Estado extranjero renuente– que permitiría resolver la vulneración del principio de igualdad al que alude el Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, hacer efectivos los principios de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y de solidaridad y satisfacer –en todo o en parte, según dispusiera la ley– los derechos reconocidos a favor de los litigantes en el proceso judicial.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

10. EXIGIR EL VISADO A LOS MENORES DE NADOR (MARRUECOS) PARA SU EMPADRONAMIENTO EN MELILLA ES DISCRIMINATORIO, PUES EL PADRÓN NO ES LA VÍA PARA CONTROLAR LA MIGRACIÓN ILEGAL (28 abril 2022)

Según un comunicado del Consejo General del Poder Judicial, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo ha anulado un acuerdo del Consejo de Gobierno de Melilla, aprobado el 13 mayo 2019, que establecía la exigencia de visado a los menores procedentes de Nador (Marruecos) para hacer efectivo su empadronamiento en esta ciudad autónoma.

La Sala considera que el acuerdo “carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio” tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias.

El tribunal estima un recurso de casación de Cáritas Española contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que ratificó dicho acuerdo, que fijaba “las instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla”. El último apartado de esta instrucción precisaba la exigencia de visado para el empadronamiento de los menores de edad no emancipados procedentes de Nador.

Cáritas Española alegaba en su recurso que el empadronamiento constituye un requisito necesario para acceder a servicios básicos esenciales que se encuentran íntimamente vinculados con el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales tales como la educación o servicios sanitarios y asistenciales. La recurrente defendía que no se pueden establecer requisitos discriminatorios para acceder a esos derechos por parte de menores de edad y que esta exigencia suponía una vulneración de los derechos fundamentales a la educación e integridad física.

En su sentencia, la Sala de lo Contencioso considera que, al afectar a menores de edad, hay dos normas prioritarias a la Ley de Bases de Régimen Local como son la Convención de Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección de Jurídica del Menor, que priorizan el interés superior del menor y reconocen el derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas a los menores extranjeros que se encuentren en España.

La sentencia, ponencia de la magistrada Celsa Pico, señala que “dada tal regulación, no cabe entender que unas instrucciones para la gestión del padrón municipal en un municipio concreto puedan innovar el ordenamiento jurídico que ha de examinarse en su totalidad teniendo en cuenta esencialmente, en este caso, la Convención de los Derechos del Niño”.

La Sala concluye, además, que el padrón “no es el instrumento para controlar las estancias irregulares por lo que si de su inscripción se desprenden derechos para los menores de edad no cabe imponer exigencias no previstas por la Ley Orgánica que los protege”.

Por esa razón estima el recurso de casación de Cáritas Española y anula el acuerdo del Consejo de Gobierno de Melilla en lo relativo a la exigencia de visado a los menores domiciliados en Nador.

DEFENSOR DEL PUEBLO

11. INSCRIPCIÓN DE UNA RESIDENTE COMO CIUDADANA DE LA UE EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS (27 septiembre 2022)

La compareciente, nieta de la interesada Dña. (...), con doble nacionalidad argentina e italiana, expresa su desacuerdo con la resolución de esa subdelegación del gobierno de fecha 30 marzo 2022, por la que se acuerda denegar la solicitud de inscripción de residente como ciudadana de la Unión Europea (UE) en el Registro Central de Extranjeros. Adjunto se remite copia de la resolución.

Consideraciones: 1. El motivo de la citada denegación se centra en que la interesada no acredita disponer de un seguro de enfermedad con una cobertura en España equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud y tampoco dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su período de residencia (art. 7 RD 240/2007).

2. La compareciente manifiesta que su abuela tiene 98 años, es dependiente, ha sufrido un ictus, tiene silla de ruedas, una deficiencia visual, necesita pañales, y no puede valerse por sí misma para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Indica que la Sra. (...) viajó a España con pasaporte italiano para una estancia de corta duración para reunirse con sus familiares, pero la covid y el empeoramiento de su salud le han obligado a solicitar la reagrupación, habida cuenta de que no puede valerse por sí misma, y necesita la atención y el cuidado de su hija y yerno –ya pensionistas ambos– con los que actualmente convive y cuyo firme compromiso en el deber de alimentos en toda su extensión –atención y cuidados– (art. 143 Cc) ha quedado reflejado en el acta de manifestaciones notarial de 12 abril 2022, de la que se adjunta copia.

3. En el Régimen General de Extranjería la reagrupación familiar permite fortalecer el vínculo familiar a través de la obtención de una autorización para residir en España. Cuando concurren circunstancias humanitarias el art. 53 e) del RD 557/2011, de 20 de abril, establece que el extranjero podrá reagrupar con él en España a sus ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Por su parte, la reciente modificación reglamentaria de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, ha incluido entre los beneficiarios de la misma a los ascendientes de ciudadanos españoles, con el único requisito de ser mayores de 65 años o menores de dicha edad a cargo.

4. En el régimen de comunitarios, el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5. El RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, no contempla las razones humanitarias a las que se refiere la ley de extranjería y su reglamento en relación con la reagrupación familiar, si bien, la interesada es ascendiente en primer grado de ciudadanos españoles, tiene más de 65 años y existen razones evidentes que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España.

6. Teniendo en cuenta la gravedad del caso y la situación de vulnerabilidad de una persona enferma de tan avanzada edad y que, además, por encontrarse en situación irregular podría enfrentarse a un procedimiento sancionador, parece posible –por razones de analogía– acudir a la cláusula de supletoriedad y subsidiariedad que contempla la disposición final cuarta del RD

240/2007, con el fin de que, sobre la base de la norma más favorable, se pudieran hacer efectivos por razones humanitarias los derechos que, en origen, esta persona tiene por su doble condición de ser ciudadana comunitaria y ascendiente directo de ciudadana española.

7. El art. 28.1º de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de esta institución, prevé que el Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquellos.

8. Por su parte el art. 28.2º de dicha Ley Orgánica, establece que, si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

9. En atención a dicho apoderamiento normativo, esta institución considera que la aplicación rigurosa de la norma y el vacío normativo existente por la falta de regulación de las circunstancias humanitarias en el RD 240/2007, ha provocado una situación injusta para la interesada que debe ser reparada a través de criterios de hermenéutica jurídica, donde la analogía de la situación y especialmente la equidad –tal como expresa nuestra jurisprudencia contenciosa– “[...] debe regir las relaciones entre la Administración y los Administrados, y que constituye uno de los principios Generales que informa nuestro Ordenamiento Jurídico, con fiel y adecuado relejo –a efectos de su aplicabilidad– en el art. 1.4º Cc. [...]” ((Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 20 diciembre 1982 – RJ\1982\8035–))

10. Debe añadirse que la interesada, por su condición de ciudadana con doble nacionalidad italiana y argentina, también podría acogerse al régimen general que contempla la disposición adicional primera. 4 *in fine* del Reglamento de Extranjería, cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en dicha norma.

11. La anterior solución sería viable si no fuera por la necesidad de revisar con urgencia la resolución de denegación de inscripción de la interesada como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, en atención a su evidente situación de necesidad que, sin duda, enlaza inexorablemente con una solución de emergencia para supuestos en los que un problema humanitario de esta naturaleza, debe resolverse de forma diligente y con la máxima prioridad.

De conformidad con lo establecido en el art. 28 y 30.1º de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Sugerencia: Que por razones de equidad y de buena administración, y en el marco de la revisión de oficio, se proceda a la revocación de la Resolución de esa Subdelegación del Gobierno de fecha 30 marzo 2022 con el fin de facilitar a la interesada la inscripción de residente como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, siempre que dicha revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

12. VISADO PARA LA RECUPERACIÓN DE RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN (27 septiembre 2022)

Se acusa recibo de su escrito, en el que se informa sobre la tramitación del visado de recuperación de residencia de larga duración solicitado por la interesada.

Consideraciones: 1. Una vez estudiada la información remitida, se observa la excesiva demora del Consulado General de España en Quito en la tramitación del visado solicitado por la Sra. (...). A estos efectos, se comprueban las siguientes circunstancias:

- La interesada solicitó cita para solicitar visado el día 22 marzo 2021.
- Se asignó la correspondiente cita para el 7 octubre citado año, con más de siete meses de retraso.

– La Delegación del Gobierno en Madrid dictó resolución concediendo la recuperación de la residencia con fecha 15 de noviembre y, de acuerdo con lo que consta en la base datos de dicho organismo, el 17 noviembre 2021 se remitió la resolución adoptada al Consulado de España en Quito. Si bien, dicho consulado informa de su recepción en el mes junio 2022, sin que conste el motivo de dicha divergencia de fechas.

– La solicitud de visado de la interesada continúa en trámite a la fecha actual, informando el órgano consular en Quito “que se va a iniciar próximamente, respetando el orden cronológico”.

2. El art. 159 del RD 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de Extranjería, referido al procedimiento para la recuperación de la residencia de larga duración, establece en su apartado 2 .../... En caso de presentación fuera de España, la entrada del extranjero en territorio español se producirá como titular de una autorización de residencia de larga duración, una vez estimada, en su caso, la recuperación de dicha condición. A dichos efectos, la misión diplomática u oficina consular competente, previa solicitud del mismo por el interesado, emitirá un visado de residencia a su favor, para cuya obtención serán exclusivos requisitos que al solicitante se le haya reconocido la recuperación de la titularidad de una autorización de residencia de larga duración y el abono de la tasa por tramitación del procedimiento de visado.

Por su parte el apartado 6 del citado artículo dispone lo siguiente:

“El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, atendiendo a los requisitos previstos en este artículo.

Se entenderá que la resolución es favorable si la Administración no hubiera resuelto expresamente en plazo”.

3. En el presente caso, se han incumplido con creces los plazos estipulados para la tramitación de la solicitud, sin aplicar el silencio positivo una vez transcurridos los tres meses previstos para su resolución. Asimismo, no se considera asumible la demora en la tramitación del visado, de más de año y medio, motivada, tanto por el excesivo plazo de tiempo para adjudicar cita, como por la demora en recibir la resolución adoptada por la Delegación del Gobierno, ya sea debida a su remisión por dicho organismo o a su recepción por las autoridades consulares.

Decisión: De conformidad con las consideraciones expuestas, así como con lo establecido en el art. 30.1º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, se ha estimado procedente formular a V.I. la siguiente:

Sugerencia: Que se resuelva por el Consulado General de España en Quito, sin más demora, el visado para la recuperación de la residencia de larga duración solicitado por la interesada, habida cuenta de la excesiva tardanza que acumula su tramitación.

13. INSCRIPCIÓN DE UNA RESIDENTE COMO CIUDADANA DE LA UE EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS (27 septiembre 2022)

La compareciente, nieta de la interesada Dña. (...), con doble nacionalidad argentina e italiana, expresa su desacuerdo con la resolución de esa subdelegación del gobierno de fecha 30 marzo 2022, por la que se acuerda denegar la solicitud de inscripción de residente como ciudadana de la Unión Europea (UE) en el Registro Central de Extranjeros. Adjunto se remite copia de la resolución.

Consideraciones: 1. El motivo de la citada denegación se centra en que la interesada no acredita disponer de un seguro de enfermedad con una cobertura en España equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud y tampoco dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su período de residencia (art. 7 RD 240/2007).

2. La compareciente manifiesta que su abuela tiene 98 años, es dependiente, ha sufrido un ictus, tiene silla de ruedas, una deficiencia visual, necesita pañales, y no puede valerse por sí misma para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Indica que la Sra. (...) viajó a España con pasaporte italiano para una estancia de corta duración para reunirse con sus familiares, pero la covid y el empeoramiento de su salud le han obligado a solicitar la reagrupación, habida cuenta de que no puede valerse por sí misma, y necesita la atención y el cuidado de su hija y yerno –ya pensionistas ambos– con los que actualmente convive y cuyo firme compromiso en el deber de alimentos en toda su extensión –atención y cuidados– (art. 143 Código Civil) ha quedado reflejado en el acta de manifestaciones notarial de 12 abril 2022, de la que se adjunta copia.

3. En el Régimen General de Extranjería la reagrupación familiar permite fortalecer el vínculo familiar a través de la obtención de una autorización para residir en España. Cuando concurren circunstancias humanitarias el art. 53 e) del RD 557/2011, de 20 de abril, establece que el extranjero podrá reagrupar con él en España a sus ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Por su parte, la reciente modificación reglamentaria de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, ha incluido entre los beneficiarios de la misma a los ascendientes de ciudadanos españoles, con el único requisito de ser mayores de 65 años o menores de dicha edad a cargo.

4. En el régimen de comunitarios, el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5. El RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, no contempla las razones humanitarias a las que se refiere la ley de extranjería y su reglamento en relación con la reagrupación familiar, si bien, la interesada es ascendiente en primer grado de ciudadanos españoles, tiene más de 65 años y existen razones evidentes que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España.

6. Teniendo en cuenta la gravedad del caso y la situación de vulnerabilidad de una persona enferma de tan avanzada edad y que, además, por encontrarse en situación irregular podría enfrentarse a un procedimiento sancionador, parece posible –por razones de analogía– acudir a la cláusula de supletoriedad y subsidiariedad que contempla la disposición final cuarta del RD 240/2007, con el fin de que, sobre la base de la norma más favorable, se pudieran hacer efectivos por razones humanitarias los derechos que, en origen, esta persona tiene por su doble condición de ser ciudadana comunitaria y ascendiente directo de ciudadana española.

7. El art. 28.1º Ley Orgánica 3/1981, reguladora de esta institución, prevé que el Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquellos.

8. Por su parte el art. 28.2º de dicha Ley Orgánica, establece que, si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

9. En atención a dicho apoderamiento normativo, esta institución considera que la aplicación rigurosa de la norma y el vacío normativo existente por la falta de regulación de las circunstancias humanitarias en el RD 240/2007, ha provocado una situación injusta para la interesada que debe ser reparada a través de criterios de hermenéutica jurídica, donde la analogía de la situación y especialmente la equidad –tal como expresa nuestra jurisprudencia contenciosa– “[...] debe regir

las relaciones entre la Administración y los Administrados, y que constituye uno de los principios Generales que informa nuestro Ordenamiento Jurídico, con fiel y adecuado relejo –a efectos de su aplicabilidad– en el art. 1.4 del C. Civ. [...]”((Sala de lo Contencioso–Administrativo. Sentencia de 20 diciembre 1982 – RJ\1982\8035–)

10. Debe añadirse que la interesada, por su condición de ciudadana con doble nacionalidad italiana y argentina, también podría acogerse al régimen general que contempla la disposición adicional primera. 4 in fine del Reglamento de Extranjería, cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en dicha norma.

11. La anterior solución sería viable si no fuera por la necesidad de revisar con urgencia la resolución de denegación de inscripción de la interesada como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, en atención a su evidente situación de necesidad que, sin duda, enlaza inexorablemente con una solución de emergencia para supuestos en los que un problema humanitario de esta naturaleza, debe resolverse de forma diligente y con la máxima prioridad.

De conformidad con lo establecido en el art. 28 y 30.1ª Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Sugerencia: Que por razones de equidad y de buena administración, y en el marco de la revisión de oficio, se proceda a la revocación de la Resolución de esa Subdelegación del Gobierno de fecha 30 marzo 2022 con el fin de facilitar a la interesada la inscripción de residente como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, siempre que dicha revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

14. CÉDULA DE INSCRIPCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (4 octubre 2022)

Consideraciones: 1. En su informe refiere que, cuando se solicitó la cédula de inscripción, ni la fecha de nacimiento ni el nombre y apellidos que figuraban en la solicitud, eran correctos. Sin embargo, desde noviembre 2021, la fiscalía ya había modificado el decreto de determinación de la edad, tras la recepción de la partida de nacimiento del menor. Por tanto, cuando se denegó la cédula de inscripción y la autorización de residencia, la Administración sí que debía conocer la modificación del decreto de la fiscalía; en virtud de lo previsto en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, en su Capítulo V, Apartado sexto, 3. El incumplimiento de esta obligación en modo alguno ha de ser imputable al interesado.

2. El citado protocolo establece con detalle el procedimiento para la notificación del decreto del Ministerio Fiscal y su posterior inscripción registral. Uno de los organismos a los que se notificará, tanto el decreto inicial como cualquier modificación posterior, es la subdelegación del gobierno. Además, todos los decretos del Ministerio Fiscal por los que se concluyan unas diligencias preprocesales de determinación de la edad –cualquiera que sea el acuerdo adoptado– o su revisión, serán comunicados a las brigadas provinciales de extranjería y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) para su debida constancia e inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA).

3. En el informe que remite ese organismo, se señala que la fiscalía notificó la modificación de los datos con fecha 12 noviembre 2021. Por lo anterior, es claro que cuando se solicitó la cédula de inscripción del menor, el 1 diciembre 2021, tanto la Policía Nacional como la oficina de extranjería tenían conocimiento de la modificación del nombre y apellidos del menor.

Decisión: En atención a lo establecido en el art. 30.1ª Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Sugerencia: Que se revise de oficio la resolución de denegación de la cédula de inscripción, se revoque la misma y se conceda la autorización de residencia solicitada, a la vista de las consideraciones expuestas y de que la modificación de los datos fue realizada por la propia fiscalía.

15. ADMISIÓN A MÁSTER DE LA ABOGACÍA CON TÍTULO EXTRANJERO NO HOMOLOGADO (5 octubre 2022)

Consideraciones: 1. En sus escritos las interesadas exponían que habían concluido el Máster Universitario de Acceso en Abogacía en la Universidad de Sevilla en 2016 y 2017. Tras obtener dicho título se les informó de que para poder presentarse a las pruebas de evaluación que facultan para la profesión de abogado es necesario tener el título de Grado o Licenciatura en Derecho, o la homologación, por lo que ambas optan por realizar la convalidación de su título italiano, también en la Universidad de Sevilla, finalizando los estudios de grado en 2020 y 2021.

2. Desde la orden de convocatoria de 2017 (PARA/696/2017), se establece expresamente el criterio cronológico, exigiendo que el título de graduado o licenciado deba ser anterior al de obtención del Máster. Al no cumplir las interesadas este criterio cronológico, optaron ambas por volver a solicitar su admisión en dicho Máster. Dicha matrícula les es denegada, por entender, como señala en los escritos que nos han remitido, que el art. 8.4 del RD 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales, no permite expedir dos o más títulos universitarios con la misma denominación a distintas universidades y, por tanto, con mayor motivo, a la misma.

3. A pesar de que el Título del Máster que habían obtenido ambas alumnas no facultaba para acceder a la profesión de abogado por no cumplir con el criterio temporal, en su extenso escrito esa Universidad sostiene que “las Universidades (...) no tienen el deber legal de fiscalizar el objetivo académico o personal de cada alumno”, y por tanto eran las alumnas las que, previa matriculación en el Máster, debían conocer los requisitos que debían cumplir si cursando dicho Máster tenían como objetivo presentarse a las pruebas de evaluación que facultan para la profesión de abogado.

También señala en su comunicación que “la modificación posterior en las reglas de admisión a la prueba de aptitud por parte del Ministerio de Justicia no es achacable a la Universidad ni por tanto es responsable de sus consecuencias”. Por tanto, entiende la Universidad que en aplicación del ordenamiento jurídico vigente no es posible alcanzar una solución distinta a la alcanzada.

4. Sin embargo, en dicho escrito la Universidad obvia el criterio del Tribunal Supremo, que ya le fue facilitado por esta institución, en el que se afirma:

“hacer posible cursar el Máster de acceso a la Abogacía sin que se posea la titulación u homologación de Grado hasta el momento del examen o evaluación final del Máster, y permitiendo que se simultaneara con el Máster los estudios de convalidación del título extranjero para la obtención del título de Grado en Derecho u Homologado no resulta conforme a la Ley 34/2006, art. 2, y RD 775/2011, cuyos artículos 3 y 4 reiteran que los estudios para la capacitación profesional del abogado son “cursos de formación para abogados”. Y si no se está en presencia de un título de Licenciado o Graduado en Derecho o en poder de la credencial de homologación de un título extranjero, no se es abogado, y por lo tanto no se puede participar en “cursos de formación para abogados”” (STS 2693/2020, de 9 de julio, FJ 6).

Es decir, conforme a lo afirmado en dicha sentencia, aunque no estuviera expresamente establecido en la normativa, ya antes de la regulación de 2017 para poder acceder al Máster en Abogacía era necesario estar en posesión del título de Graduado o Licenciado en Derecho, o de su homologación, y era competencia de las universidades fiscalizar dicho requisito, de modo que debían comprobar que quien accede al Máster en Abogacía va a cumplir los requisitos para, finalizado éste, presentarse a las pruebas de evaluación que permiten el acceso a la profesión de abogado (siendo el Máster un título habilitante con este objetivo).

5. La circunstancia del incumplimiento del criterio cronológico de los títulos no se ha producido solo en el caso de las dos interesadas, y esto llevó a que los Ministerios de Justicia y Universidades emitieran una nota informativa conjunta en relación con los requisitos generales de admisión al Máster para el acceso a la Abogacía el 19 junio 2019. En esta nota, tras recordar

que las universidades deben respetar el criterio cronológico para admitir a los estudiantes en el Máster, señala: “los alumnos excluidos de las pruebas de evaluación de aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado, por haber superado este límite temporal de 31 de diciembre en convocatoria extraordinaria, deberán volver a cursar el Máster para el acceso a la Abogacía –además de, en su caso, volver a superar la prueba de acceso convocada por el Ministerio de Justicia– en aras a la obtención del título habilitante de esta profesión. A tal objeto, se recomienda a las Universidades de procedencia de estos alumnos, la búsqueda de soluciones que faciliten el acceso al nuevo máster en condiciones favorables para dichos alumnos” y recalca: “Conviene recordar que es responsabilidad exclusiva de cada Universidad el cumplimiento de la normativa vigente sobre admisión al máster para el ejercicio de la profesión de Abogado”.

Es decir, dichos ministerios entienden que esta situación se debe a una mala actuación de las universidades, y recomiendan a las que tengan alumnos en esta situación, como es el caso de su universidad, que faciliten el acceso al Máster a estos alumnos en condiciones favorables, dado que entienden que era su responsabilidad cerciorarse del cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa antes de su matriculación.

Decisión: Al amparo de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, y teniendo en cuenta las circunstancias que se desprenden de las consideraciones que anteceden, se procede a formular a V.E. la siguiente:

Sugerencia: Que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, y siguiendo las recomendaciones recogidas en la nota informativa de los Ministerios de Justicia y Universidades de 19 junio 2019 sobre este asunto, se proceda por esa Universidad a ofrecer con la máxima celeridad una solución a las interesadas y a cuantos estudiantes estén en esta misma situación, a fin de que puedan presentarse a la prueba de evaluación que permite el acceso a la profesión de abogado de acuerdo con la normativa vigente.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

16. EL MINISTERIO FISCAL EN SU FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONAS VULNERABLES: INMIGRANTES EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR (7 septiembre 2022)

De acuerdo con la Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz en el solemne acto de apertura del año judicial, el día 7 septiembre 2022 (pp. 1130–1131). Una de las misiones centrales de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General y de los fiscales delegados, es velar por el respeto a los derechos humanos de los inmigrantes.

La crisis migratoria es un problema global, como lo es la intolerable indiferencia hacia la misma. Esta crisis, según informan las autoridades nacionales e internacionales implicadas en la materia, no solo no va a remitir, sino que se agravará por las nuevas realidades de conflictos bélicos y catástrofes derivadas del cambio climático, que van a provocar, y de hecho están provocando, flujos crecientes de personas afectadas por situaciones generadoras de penuria económica, muerte y hambre.

La situación política, económica y geográfica de nuestro país, le hace estar especialmente afectado al pertenecer al grupo de los llamados “Estados del bienestar” y además ser una de las principales puertas de entrada de África hacia Europa, constituyendo la tercera frontera europea en número de llegadas de personas migrantes por mar.

Como dato de referencia, señalar que solo en el año 2020, momento de eclosión de la pandemia por SARS-CoV-2, llegaron por vía marítima a costas españolas 32.427 migrantes, la mayoría de ellos y ellas en infra-embarcaciones como pateras, cayucos o lanchas neumáticas. Por

otro lado, también han accedido a territorio español un importante número de inmigrantes de origen africano a través de los conocidos como saltos a las vallas de Ceuta y Melilla.

Los modos de entrada descritos, comprometen gravemente la integridad y la vida de los migrantes. Según datos de la OIM, desde el año 2014 a 2020, perdieron la vida en el Mediterráneo al menos 20.000 personas.

Todo este flujo migratorio, da lugar a un número importante de personas carentes de documentación y en situación administrativa irregular, abocadas a formar parte de núcleos marginales en condiciones de pobreza y exclusión de larga duración, y les hace susceptibles de caer en procesos de explotación.

Hay que tener en cuenta que la entrada masiva de migrantes en momentos concretos, ha conllevado importantes problemas de provisión de medios de acogimiento y atención inmediata a los recién llegados, circunstancias que deben de estar previstas con antelación por las autoridades competentes para poder garantizar un trato digno, de acuerdo a nuestro Estado de derecho y bienestar.

La Fiscalía de Extranjería tiene una posición privilegiada para poder observar y conocer la realidad de la evolución y problemática del fenómeno migratorio, especialmente a través de la información que recibe de manera continuada de las/os fiscales delegadas/os de toda España, de la interacción con el resto de operadores públicos y privados que actúan en este campo, así como de la información derivada de la coordinación que se realiza de los delitos de trata, tráfico y explotación.

Por ello, para conseguir un resultado efectivo, se hace necesario incentivar las medidas que en cada momento se consideren precisas para la defensa de los derechos fundamentales de los inmigrantes.

Especial relieve adquiere la función de los/las fiscales de inspección de los Centros de Internamiento de Extranjeros, desarrollada a través de visitas periódicas, a fin de constatar el efectivo respeto a los derechos de las personas allí ingresadas, comprobar que las instalaciones sean dignas y adecuadas para preservar su dignidad, así como que el trato que reciben es el adecuado. Los informes emitidos por los delegados, reiterando las deficiencias observadas, han motivado en no pocas ocasiones, reformas importantes en las instalaciones (incluso cierres temporales) y modificaciones en las dinámicas de los centros, siempre en aras de mejorar su calidad de vida y la preservación de sus derechos.

17. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MEMORIA DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL (7 septiembre 2022))

La Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz en el solemne acto de apertura del año judicial, el día 7 septiembre 2022 (pp. 727-730) presta atención los menores no acompañados:

1. En el año 2021 han sido localizados 3.048 menores extranjeros no acompañados llegados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles (Frente a los 3.307 que llegaron durante el año 2020). Mayoritariamente son del sexo masculino (2.934), dado que sólo se han detectado 114 niñas. El mayor número procede de Marruecos (1.304) seguido por naturales de Argelia (540) y Mali (381).

Igualmente, durante el año 2021 llegaron a España en patera un total de 986 niños en unión de adultos que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente. Ello supone un relevante incremento respecto de los 550 niños que entraron por esta vía en el 2020. De ellos, 530 son de sexo masculino y 456 de sexo femenino. Estos menores proceden en su mayoría de Costa de Marfil (379), y Argelia (296).

Por el Cuerpo Nacional de Policía se ha informado de la realización de un total de 882 pruebas de ADN para establecer el vínculo de filiación de menores acompañados de adultos que

manifestaban ser los progenitores sin pruebas fehacientes de ello. De ellos dieron un resultado positivo 841, confirmando el vínculo de filiación, 37 negativos y 4 están pendientes de realización de nuevas pruebas.

Nuevamente el mayor problema del que dan cuenta las fiscalías territoriales es la separación del niño del adulto mientras se realizan las pruebas de ADN hasta que se conoce que el resultado es positivo. La Fiscalía de Córdoba expone que la actuación ordinaria ya no es proceder a la separación del menor del adulto que lo acompaña e ingreso del mismo en el sistema de protección hasta que se clarifica la situación sino que la existencia de un centro específico para mujeres con menores ha llevado a mantener al menor con el adulto si existe un vínculo es de afecto entre ellos, proporcionando al menor los cuidados adecuados, y sin ser declarados en desamparo, considerándolo un menor “separado” con arreglo a la Observación General 6(2005) del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2021, figuraban inscritos un total de 9.294 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección. De ellos 8.282 son niños y 1012 niñas. Se ha producido un leve descenso respecto de los 9.030 inscritos en el año 2019. Dada la prioridad que se da a la atención humanitaria frente a la reseña, están pendiente de ser dados de alta en el Registro.

Canarias (2.399) es la Comunidad Autónoma que más menores acoge según el Registro, seguida de Andalucía (1.980), Cataluña (1.192) y Ceuta (921).

2. La situación de pandemia vivida en nuestro país ha afectado a la debida reseña y grabación de los menores en el Registro MENA. Los funcionarios de policía destinados a dicha función han sido llamados a realizar otras labores prioritarias de atención humanitaria retrasándose las inscripciones, estando actualmente pendientes de ser inscritos 381 menores.

3. Durante el año 2021 se han incoado un total de 6.677 Diligencias Preprocesales de Determinación de la Edad lo cual supone un incremento frente a las 4.981 tramitadas durante el 2020 (art. 35 LOEX). De ellas, 1.654 han resultado ser mayores, 3.245 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.778 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias.

Los servicios están desbordados ante la llegada masiva de inmigrantes a las costas de Canarias. Pese al titánico esfuerzo de las instituciones implicadas, durante el año 2021, quedando por resolver un total de 1.064 expedientes de determinación de edad, a los que hay que sumar los pendientes de modificación por haber aparecido documentación posterior a su determinación de la edad, o cualquier otra prueba que pudiera dar lugar a una revisión del Decreto.

Prosiguen los mecanismos escasamente fiables de aportación de documentación supuestamente acreditativa de la edad, como describe el delegado de Almería o la delegada de Tenerife, a través de WhatsApp o correo electrónico.

La Fiscalía da prioridad en la determinación de la edad al documento salvo que aprecie indicios fehacientes de fraude en el mismo.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (SSTS n.º 410/2021, de 18 de junio, n.º 412/2021, de 21 de junio, n.º 610/2021, de 20 de septiembre y n.º 796/2021, de 22 de noviembre) estima que si el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados no es razonable considerarlo indocumentado a efectos del art. 35.3 LOEX, no siendo razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por aquellos. En consecuencia, estima que la fiscalía es responsable de discriminación por razón del origen nacional al separarse de la fecha de nacimiento de un documento público extranjero sin impugnarlo, ha provocado múltiples consultas informales por parte de las fiscalías territoriales. La “Nota interna conjunta 1/20 del

Fiscal de Sala de Menores y del Fiscal de Sala coordinador de Extranjería”, de 24 de septiembre 2020, con aplicación ya en el año 2021, aporta pautas para resolver la cuestión.

El informe policial de inteligencia comunica a los fiscales la autenticidad del documento, su posible manipulación, los usos consulares si tienen un sistema de cotejo de huellas y de comprobación de identidades o las prácticas vigentes y fiabilidad de los registros civiles de determinados países. A lo largo del 2021 se han mantenido reuniones entre la Unidad de Extranjería especializada con la Comisaría General de Extranjería y Fronteras para impulsar la elaboración de estos informes a través de los datos que aporten los agregados de interior sobre estos países.

4. A la vista de los innumerables problemas que se plantean en torno a la determinación de edad de los posibles menores extranjeros no acompañados, puesto de manifiesto en las distintas memorias elaboradas por los fiscales delegados de extranjería, la única solución operativa, es el desarrollo una Ley específica reguladora de la determinación de la edad que diseñe un procedimiento judicial, en el ámbito de las jurisdicción civil, con todas las garantías de audiencia y debida asistencia al posible menor, que contemple una fase probatoria donde puedan volcarse todas los elementos de prueba de los que se disponga, previendo asimismo un sistema unificado de medidas científicas que puedan ser utilizadas, en su caso, como protocolo médico, debiendo concluir con el dictado de una resolución provista de un sistema de recursos, que decida, no solo sobre si la persona es mayor o menor de edad, sino sobre la fijación de la edad concreta de la misma, que finalmente debería ser inscrita en el Registro Civil.

La Unidad de Extranjería, a través del Fiscal de Sala Coordinador, ha participado activamente en el equipo de trabajo multidisciplinar que se constituyó para el estudio de una ley en el sentido citado, que dio lugar a un informe que fue objeto de valoración en la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Actualmente, existe un Anteproyecto de Ley por la que se regula el Procedimiento de Evaluación de la Edad que ha superado ya la fase de Consulta Pública Previa.

5. En otro orden de cosas, durante el año 2021 no se ha llevado a cabo la repatriación de ningún menor extranjero no acompañado. La Fiscalía de Ceuta, tuvo que intervenir en la esfera Contencioso-administrativa frente a devoluciones administrativas de menores extranjeros no acompañados llevadas a cabo por la Delegación de Gobierno que suponían atajos y cercenaban garantías básicas del procedimiento de repatriación como la audiencia del interesado, la presencia de un defensor y la intervención del Ministerio Fiscal. Dichas actuaciones administrativas han cesado.

6. Al igual que en el 2020, esta Unidad no ha tenido constancia de que en aplicación de la Nota Interna 1/2019 conjunta de las unidades de extranjería y menores de la Fiscalía General del Estado y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se haya interpuesto por alguna Fiscalía territorial alguna demanda civil o recurso Contencioso-administrativos frente a la inactividad de los servicios de protección o las denegaciones injustificadas de autorizaciones de residencia.

18. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS (MEMORIA DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL (7 septiembre 2022)

La Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz en el solemne acto de apertura del año judicial, el día 7 septiembre 2022 (pp. 719-722), incluye unas consideraciones en torno a la expulsión de los extranjeros:

I. Expulsión sustitutiva del proceso penal (art. 57.7 LOEX)

Durante el año 2021 se emitieron 559 informes favorables a la sustitución del proceso por la expulsión de extranjeros investigados en causas penales en aplicación de lo previsto en el art.

57.7º LOEX, lo que supone un incremento respecto de los 364 informes emitidos en el 2020 pero todavía lejos de los 1.453 informes emitidos antes de la pandemia.

Es unánime en los fiscales delegados de Extranjería informar que el art. 57.7 LOEX ha sido aplicado con unidad de criterio conforme a los parámetros establecidos por los instrumentos normativos de la Fiscalía General del Estado, en particular las Circulares FGE 2/2006 y 5/2011 y con respeto riguroso del trámite de audiencia del interesado exigido por el art. 247 REX.

La Fiscalía de Baleares muestra su preocupación por el cumplimiento del reducido lapso temporal de que se dispone normativamente para informar y resolver las peticiones de autorización, abogando por seguir protocolos que permitan actuar con celeridad. También Ciudad Real reflexiona sobre la dificultad de dar la preceptiva audiencia al extranjero –art. 247 REX– ante el breve plazo máximo previsto para resolver sobre estas autorizaciones –3 días–, plazo que incluso se puede ver acortado en los supuestos de solicitud urgente recogido anteriormente y por el hecho de que el extranjero no pase a disposición judicial.

Como ya se viene exponiendo en Memorias anteriores, no existen criterios uniformes en relación con la estimación de la extemporaneidad de la solicitud policial: En algunos territorios estiman que, una vez dictado el auto de apertura del Juicio Oral, no cabe la expulsión prevista en el art. 57.7º LOEX (Zaragoza) y en otros, como en Málaga, se considera lo contrario, estimando que el “término” imputado del art. 57.7º LECRIM no se pierde al dictarse Sentencia. Una tercera vía estima que sí cabe en determinados casos, como en penas de prohibición de acercamiento o de comunicación, que pueden seguir cumpliéndose, aunque el penado no esté en España (Memoria Cáceres). El fiscal delegado de Alicante considera que tampoco la sujeción a la medida de libertad vigilada, una vez cumplida la pena de prisión, es obstáculo para la concesión de la autorización de expulsión.

Las disfunciones que se han podido observar, principalmente por deficiencias en la información facilitada por la autoridad solicitante, se corrigen, con carácter general, a través de la debida coordinación con las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras.

II. Expulsión judicial de ciudadanos extranjeros condenados a penas de más de un año de prisión (art. 89 CP)

1. Extranjeros en general.

Como sintetiza la delegada de Barcelona, tras la excepcionalidad que supuso la declaración del estado de alarma el 14 marzo 2020 y sus sucesivas prórrogas que determinó la imposibilidad de materializar expulsiones sustitutivas, y de forma paralela a la evolución favorable del contexto ligado a la pandemia por COVID, durante el año 2021 se ha ido recuperando paulatinamente la dinámica de años anteriores al 2020 en la aplicación del art. 89 CP. No obstante, siguen persistiendo algunas dificultades para alcanzar la plena normalidad.

En efecto, las peticiones de expulsiones sustitutivas interesadas por los fiscales se han incrementado en el año 2021 en el que se han formulado 2.921 solicitudes de expulsión por el Ministerio Fiscal, 465 más que en 2020 (2.456), 2.074 de las cuales se realizaron en el escrito de acusación, 295 al elevar a definitivas las conclusiones provisionales y 552 en ejecución de sentencia.

Durante el año 2021 los extranjeros a quienes se sustituyó la pena privativa de libertad por la expulsión fueron ingresados en prisión –en tanto se materializaba la expulsión–, en aplicación de lo establecido en la DA 17 de la LO 19/2003, en 247 casos, 33 más que en 2020. Fueron ingresados en CIE en 61 ocasiones, 21 menos que en el año precedente. El resto, se entiende, quedaron en libertad fruto de la reticencia de Jueces y Tribunales a la privación de libertad en espera de la materialización de la expulsión o no se registró adecuadamente su situación.

Para asegurar la presencia de datos relevantes sobre la situación administrativa del extranjero, sus circunstancias personales, laborales y sociales que son determinantes para

apreciar la situación de arraigo, las fiscalías dan cuentas de diferentes iniciativas. La Fiscalía de Ávila indica como durante la fase de instrucción se remite oficio a la UCRIF provincial, en el que se interesa que emitan informe sobre el extranjero en cuestión, respecto del tiempo que lleva el interesado residiendo en España, su situación familiar y económica, la integración laboral, cultural y social en nuestro país y los vínculos que pueda mantener con su país de origen, el fiscal delegado de A Coruña pone de manifiesto como para los casos en que no se conoce en el momento en que hay que presentar el escrito de acusación la situación regular o no en España de un extranjero, no debe pedirse por otrosí, ya que ello podría no cumplimentarse oportunamente ni tampoco pedirlo como diligencia complementaria para no retrasar la causa, siendo la solución idónea que el fiscal delegado, a través de la UCRIF, pueda aportar la certificación de situación administrativa del extranjero en España, y así es como se ha venido haciendo. Expone asimismo que, aunque tras la reforma operada en el art. 89 CP por la LO 1/2015, ya no sea imprescindible conocer la situación administrativa en España del extranjero, sí parece un dato importante para valorar el arraigo y pertinencia de la petición de expulsión.

2. Extranjeros comunitarios.

La aplicación del art. 89 respecto a ciudadanos comunitarios es escasa. Como destaca la Fiscalía de Valladolid, son principalmente nacionales rumanos, quienes directamente a través de escritos desde el Centro Penitenciario de cumplimiento solicitan la expulsión, manteniendo el fiscal un criterio restrictivo, al considerar que la expulsión en relación a penas completas de ciudadanos de la UE suscita gran alarma social, una desigualdad de trato con el resto de los ciudadanos comunitarios, y una incidencia negativa del principio de prevención especial. El delegado de Alicante destaca que la tipología delictiva que cometen ciudadanos comunitarios, generalmente, no alcanzan el límite penológico del año de prisión. El fiscal de Málaga manifiesta su preocupación sobre la eficacia de la expulsión en estos casos y que si en fronteras intracomunitarias existe escaso control, es muy posible que el expulsado vuelva a España si esa es su voluntad.

3. Extranjeros con residencia legal.

Al igual que en años anteriores, la incidencia del art. 89 CP en relación con ciudadanos extranjeros no comunitarios, con residencia legal en España, sigue siendo reducida. Se pone de manifiesto que la expulsión en tales casos resulta desproporcionada ya que como indica la fiscal de Salamanca esta categoría de ciudadanos extranjeros tiene importantes lazos de arraigo en nuestro país, son frecuentemente solicitantes de la nacionalidad y sus acciones delictivas son de escasa intensidad no superando las penas de prisión el año. En el mismo sentido, se expresa la delegada de Baleares.

En relación a la aplicación de la excepción de “defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma jurídica infringida por el delito”, se puede afirmar que se viene aplicando esta excepción con arreglo a las pautas dadas por los instrumentos normativos de la FGE. Así, el fiscal delegado de Valladolid expone como en el caso de penas más graves y que causan alarma social o existe grupo criminal, el fiscal informa negativamente la expulsión, como en los casos de redes georgianas y chilenas dedicadas a delitos contra el patrimonio que solicitan la expulsión para abandonar el territorio español sin cumplir la condena y ser desplazados por su organización hasta otros territorios para continuar con la mencionada actividad. La Fiscalía de Segovia, informa negativamente en casos de tráfico de drogas cometidos por extranjeros, en los que la propia defensa del acusado, solicita la expulsión sustitutiva como si fuese una opción para el encausado el cumplimiento de la pena o el viaje gratuito a su país de origen, teniendo en cuenta además que los traficantes de droga suelen tener relación con mafias, que no tienen mayor problema en volver a introducir a sus integrantes en España, de forma ilegal.

19. DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MEMORIA DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL (7 septiembre 2022))

La Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz en el solemne acto de apertura del año judicial, el día 7 septiembre 2022 (pp. 140–141), presta atención a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados:.

A lo largo del año (2021) se han ido dictando una serie de SSTS: n.º 410/21 de 18 de junio, n.º 357/21 de 24 de mayo, n.º 412/2021 de 21 de junio, n.º 610/21 de 20 de septiembre y n.º 1976/2021 de 22 de noviembre, que configuran ya una doctrina consolidada, en el sentido de entender que debe dispensarse la debida protección al menor extranjero documentado no acompañado.(...) ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. (...)

“En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores”.

Incluso cuando la impugnación ataca directamente el decreto de Fiscalía por vulneración de derechos fundamentales, el TS considera “que la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño...”.

Es de esperar que la reforma prevista en la LO 8/21 de protección integral de la infancia y adolescencia, que regulará un nuevo procedimiento de determinación de la edad en estos casos, clarifique definitivamente la situación.

20. LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL (MEMORIA DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL (7 septiembre 2022))

La Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz en el solemne acto de apertura del año judicial, el día 7 septiembre 2022 (pp. 450–452) presta atención a diversos aspectos derivados de la jurisdicción penal internacional:

Las sucesivas reformas de la LOPJ han limitado considerablemente la persecución de los delitos cometidos en el extranjero al margen de los principios de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ) y real o de defensa (art. 23.3º LOPJ). El Tribunal Constitucional (Sentencia 140/2018 de 20 de diciembre) se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la última reforma, considerando que no infringe los derechos contemplados en la Constitución. La situación de las diferentes causas abiertas en la Audiencia Nacional es la siguiente:

Causas que continúan en trámite tras la reforma del art. 23 de la LOPJ. Procedimientos en los que los hechos pueden ser definidos jurídicamente como delitos de terrorismo con víctimas españolas o ataques a instalaciones oficiales españolas o con imputados españoles, o es aplicable el principio de territorialidad.

Sumario 97/2010 Juzgado Central de Instrucción n.º 6 (Asesinato de Jesuitas en El Salvador).

El procedimiento se dirigió contra miembros del Ejército salvadoreño al considerarles responsables de crímenes de lesa humanidad por el asesinato de sacerdotes jesuitas de origen

español y nacionalizados salvadoreños en las primeras horas del 16 noviembre 1989 en la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA).

En 2020 se celebró la vista oral durante los meses de junio y julio. En el trámite de artículos de previo pronunciamiento se apreció la prescripción del delito respecto de uno de los acusados. El 11 de septiembre se dictó Sentencia por la Sección 2.^a condenando al procesado que quedaba en la causa por los 5 delitos de asesinato con carácter terrorista por los que fue acusado. La sentencia fue recurrida en casación por la defensa, pero ha sido confirmada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo el 28 enero 2021 en todos sus extremos.

Sumario 3/2008 Juzgado Central de Instrucción n.º 4 (Genocidio Ruanda).

El sumario se incoó en el año 2005, en virtud de la querella presentada por diversas organizaciones sociales y humanitarias, entidades públicas y familiares de nueve ciudadanos españoles asesinados en Ruanda, donde se encontraban desplegando su actividad como misioneros y cooperantes.

La querella hacía también referencia al “exterminio” de forma sistemática y jerarquizada de cerca de 4.000.000 seres humanos, de la etnia “hutu” en su mayoría.

Durante la instrucción se llevaron a cabo declaraciones testificales de 23 testigos (la mayoría declarados protegidos) venidos de África, Europa y Estados Unidos y de un perito. También se han practicado diversas comisiones rogatorias internacionales, algunas aún pendientes de ser cumplimentadas, y se ha incorporado una abundante prueba documental.

El 2 agosto 2019 se aportó el informe resumen de las investigaciones efectuadas por la Autoridad Pública Nacional de Enjuiciamiento de la República de Ruanda por los asesinatos de los ciudadanos españoles que se había presentado en la Fiscalía General. Posteriormente, se presentó el citado informe en la causa a través de los mecanismos de Cooperación Internacional y en el ámbito de la CRI librada a las Autoridades de la República de Ruanda. Se solicitó su ampliación para interesar que se remitiera testimonio de las investigaciones que se citan en el mismo y que fueron realizadas por esa autoridad, en concreto de las declaraciones de los testigos, actas de inspección ocular, documentos consultados, así como si se incoó procedimiento judicial de investigación.

Actualmente la causa se encuentra pendiente de la tramitación del expediente de extradición de uno de los procesados. Así mismo, por auto de 28 diciembre 2021, por la Sección 2.^a de la Sala de lo Penal se ha acordado la declaración de complejidad de la causa.

Previas 1/2008 Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (caso Frente Polisario).

La causa se inicia por querella de la “Asociación Saharaui para la Defensa de los Derechos Humanos–Asadeh” y de varios particulares por la presunta comisión de un delito de genocidio del art. 607, en concurso con delitos de asesinato del art. 139, lesiones del art. 147 ss, detención ilegal del art. 163 y 167, terrorismo del art. 571 y 572, torturas del art. 173 y desapariciones del art. 167 todos del C. P., contra varios dirigentes del Frente Polisario. La denuncia se refiere a los sucesos acaecidos en el centro de detención administrado por las fuerzas del Frente Polisario en los Campos de Tinduf.

El 15 abril 2014 se declaró la existencia de jurisdicción de los Tribunales españoles en esta causa, asumiendo los criterios expuestos por el Ministerio Fiscal y basados en el principio de territorialidad, recogido en los arts. 8 Cc y 23.1º LOPJ. 452 El 14 octubre 2020 se acordó el sobreseimiento provisional, sin perjuicio de su reapertura una vez se recibiese cumplimentada la Comisión Rogatoria enviada a las autoridades judiciales de Argelia. La resolución fue confirmada por auto de 1 diciembre 2020 dictado por la Sección 2.^a

Por oficio de 4 mayo 2021 de la Comisaría General de información se tuvo conocimiento de que uno de los querellados en esta causa se encontraba ingresado en un Hospital de Logroño enfermo de Covid-19. El 1 junio 2021 el querellado prestó declaración como investigado por videoconferencia desde la habitación del Hospital de Logroño.

En fecha 29 de julio del 2021 se acordó el sobreseimiento libre de la causa por prescripción de los hechos respecto del principal querellado, siendo recurrido en apelación por la Acusación Particular. Por auto de la Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de 29 septiembre 2021, se revocó el auto dictado considerando que procedía la incoación del procedimiento de sumario ordinario ante la gravedad de los delitos investigados.

Por auto de 30 septiembre 2021 se transformó el procedimiento a sumario ordinario, concluyéndose sin procesamiento respecto del procesado indicado y elevándose la causa a la Sección 1.ª En el traslado conferido al Ministerio Fiscal se solicitó la confirmación del auto de conclusión y el sobreseimiento libre de la causa en aplicación de lo dispuesto en el art. 637.1º LECrim, al considerar que concurría la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal del art. 131 del C. P, y entender que los hechos no constituían jurídicamente un delito de genocidio. La Sección 1.ª dictó auto el 10 febrero 2022, en el que ha acordado el sobreseimiento solicitado.

Ministerio de Justicia

21. NUEVOS MODELOS NORMALIZADOS PARA LA SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA (18 enero 2021)

El BOE de 18 enero 2022 publica la Resolución de 16 diciembre 2021, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad española por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.

Estos modelos estarán a disposición de los interesados en las correspondientes sedes electrónicas y en las oficinas de asistencia en materia de registros de las Administraciones Públicas. Cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso obligatorio por los interesados. Asimismo, el art. 4 del Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, aprobado por RD 1004/2015, de 6 de noviembre, establece que el procedimiento se iniciará por el interesado mediante la presentación de la correspondiente solicitud en modelo normalizado.

Los nuevos modelos normalizados, que sustituyen a los aprobados por la Resolución de 11 noviembre 2015, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización, que la presente resolución deroga, recogen información para la atribución de nombre y apellidos con que el que la persona solicitante será inscrita, con el objetivo de poder realizar la jura e inscripción de la nacionalidad de una forma más ágil. Asimismo, se mejoran en los nuevos modelos las modalidades de notificación y de comprobación de datos de la documentación requerida.

22. SE SUSPENDE LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LETONIA (9 agosto 2022)

La Resolución de Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia 27 de julio de 2022 (BOE 9.8.2022) suspende la tramitación de expedientes de adopción internacional en Letonia. De acuerdo con la presente Resolución:

Letonia firmó el Convenio de La Haya, de 1 diciembre 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, el 29 mayo 2002, ratificándolo el 9 agosto 2002 y entrando en vigor en ese país el 1 diciembre 2002.

Las primeras adopciones internacionales constituidas en ese país, por parte de personas residentes en España, datan del año 1999 y las últimas se produjeron en el 2015.

En los últimos años, se ha observado un descenso global en la adopción internacional a nivel mundial y, por lo que se refiere a España, desde 2015 solo se ha tramitado un expediente, que está aún a la espera de asignación; si bien en ningún momento ha habido un número elevado de adopciones en ese país. Únicamente se han tramitado 4 adopciones de niños y niñas de Letonia, desde 1999, cuando se inició el primer procedimiento de adopción internacional.

Actualmente, aunque el país acepta la tramitación de adopciones internacionales por procedimiento de vía pública, no se constituyen apenas adopciones en ese país, ya que el perfil de los niños y niñas adoptables internacionalmente es el de mayores de 9 años, grupo de tres o más hermanos o hermanas o que tengan una enfermedad grave o con problemas notables de salud en su desarrollo mental y/o físico.

Según información del Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño privado de Familia (SSI/CIR), junio 2019, solamente se concluyen en Letonia un pequeño número de adopciones internacionales, ya que la mayoría de las adopciones constituidas son nacionales. Únicamente son algo más numerosas en Estados Unidos, si bien se observa también un claro descenso en el número de adopciones internacionales de niños y niñas letones en ese país.

Las estadísticas de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado recogen que, en 2019, hubo un total de 42 adopciones, siendo el único país receptor EE UU; mientras que, en los años anteriores, hubo algunas adopciones de niños y niñas letones en otros países: 3 en Italia en 2018 y 10 en Francia en 2017, siendo el número mayoritario de adopciones por parte de EEUU, con 47 en 2018 y 58 en 2017.

En cumplimiento de lo determinado en el art. 7.1º RD 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, para acordar la suspensión de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional, la Dirección General ha solicitado un informe sobre la situación del país al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, en fecha 21 febrero 2022. Se recibe informe de la Embajada de España en Riga el 21 marzo 2022, a través de la Subdirección General de Asuntos Jurídicos Consulares de ese Ministerio. En el citado informe se analizan las modificaciones normativas respecto a las adopciones internacionales en Letonia durante los últimos años; desde el Reglamento n.º 667, de 2018, del Consejo de Ministros, sobre el procedimiento de adopción, donde se especifica que se requerirá a las familias adoptivas un curso de formación específico sobre la cultura letona, así como algunos documentos adicionales a los que se venían requiriendo; citando también la decisión del Parlamento de Letonia, de 9 de julio de 2020, de introducir enmiendas a la normativa en materia de adopciones internacionales, en previsión de la prohibición de las adopciones de niños y niñas, desde el 1 septiembre ese mismo año, hasta la entrada en vigor de las enmiendas a la Ley de Protección de los Derechos del Menor; y, finalmente, explica las modificaciones introducidas el 16 diciembre 2021, por el Parlamento de Letonia, cuya entrada en vigor será el 1 de julio de este año, que incorporan el requerimiento de un acuerdo bilateral entre Letonia y el Estado receptor, además de establecer nuevas exigencias procedimentales que dificultan aún más el procedimiento de adopción internacional de niños y niñas de ese país por parte de familias españolas, teniendo ya, en los últimos años dichos procedimientos una frecuencia muy baja, constituyéndose adopciones casi únicamente por parte de Estados Unidos.

Como conclusión, se comunica que no hay objeción a la propuesta de suspensión de la admisión de ofrecimientos de adopción para Letonia, realizada por esta Dirección General, por las razones ya expuestas.

Recientemente, el Ministerio de Bienestar Social de ese país, ha comunicado que el pasado 16 diciembre 2021, se realizaron enmiendas al marco normativo, que conllevarán cambios en los procedimientos actuales. Estos cambios entrarán en vigor el próximo 1 de julio de 2022, tal como se especifica también en el informe remitido desde la Embajada de España en Riga. A partir de ese momento, para seguir tramitando adopciones internacionales en Letonia, será necesario un acuerdo bilateral entre ambos países. En la actualidad, los procesos de adopción internacional son muy poco frecuentes y no se puede garantizar que los expedientes recibidos tengan una asignación antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, es decir, antes del 1 de julio de 2022.

En aplicación de lo establecido en el art. 8.2º del citado RD, esta Dirección General, en base a los argumentos expuestos anteriormente, elevó a consulta a las Entidades Públicas la suspensión de la tramitación de las adopciones internacionales con Letonia el día 9 febrero 2022 y, posteriormente, en la reunión de la Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia, de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, de 13 de julio de 2022. En la citada Comisión, las Entidades Públicas mostraron su acuerdo con la suspensión de la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción internacional en Letonia.

Por todo lo expuesto y en base a la información disponible, se considera necesaria la suspensión de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional, dada la complejidad para la constitución de adopciones internacionales en ese país, a partir de la aprobación y entrada en vigor de su nueva normativa en ese país, el escaso número de adopciones internacionales que ya se estaban constituyendo en ese país en los últimos años, la necesidad de firmar un acuerdo bilateral y el perfil de personas menores de edad susceptibles de adopción internacional y de familias que se ofrecen para ese tipo de adopciones en España”.

Bibliografia

ALBALADEJO SOBOLEWSKI, Elena Isabel y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: *Sucesiones mortis causa en la Unión Europea. Efectos prácticos derivados de la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado y de fiscalidad internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 118 pp., ISBN: 9788413918433.

Las únicas dos cosas verdaderamente ciertas en la vida son la muerte y los impuestos. Pues bien, las circunstancias de la muerte a futuro son generalmente inciertas, pero está en manos del legislador el lograr que los impuestos a ella aparejada no se asemejen a una maraña jurídica ininteligible. Y esa complejidad se acrecienta cuando la sucesión se torna internacional y es el Reglamento europeo en materia de sucesiones mortis causa quien tiene que entrar en juego.

La conjunción de las reglas fiscales de aplicación y de los distintos puntos de conexión pueden conllevar que, ante una misma sucesión y equivalentes cuotas hereditarias, un heredero no tenga impacto fiscal alguno y el otro haya de soportar una carga fiscal elevada. Si partimos del principio de que la determinación del devenir del patrimonio más allá de la desaparición de su titular es posiblemente una de las decisiones más importantes en la vida de un ser humano, no debería ser la fiscalidad la que venga a distorsionar una decisión tan íntima y tan trascendente. Así, las cosas, esta obra, eminentemente práctica, insertada en la Colección de Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria de la editorial Thomson Reuters Aranzadi, supone un análisis de los efectos prácticos derivados de la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado y de Fiscalidad Internacional en el ámbito de las sucesiones mortis causa en la Unión Europea.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, IRIARTE ÁNGEL, José Luis, BELINTXON MARTÍN, Unai: *Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI*, Cizur Menor, Civitas, 2022, 810 pp. ISBN: 9788413917702.

Este trabajo jurídico propiamente internacional y europeo tiene por objeto, desde una aproximación de estudio, reflexión y análisis caleidoscópica o multidisciplinar, ofrecer una respuesta reflexiva y analítica sobre el desarrollo jurídico-normativo y técnico de determinados sectores del Comercio Internacional conforme a las características propias de la Representación Aduanera y el Comercio Internacional del Siglo XXI, condicionada por una más que sugerente especialización por sectores

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M^a José: *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia. Del Derecho romano al Reglamento Europeo de Sucesiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022. 310 pp. ISBN: 9788413455099.

El Reglamento Europeo de Sucesiones confiere un destacado papel a la “residencia habitual del causante” como criterio atributivo de competencia judicial internacional y como punto de conexión para la determinación de la ley rectora de la sucesión, aun sin llegar a definir este concepto. La presente monografía, además de analizar los fundamentos romanísticos de los foros de competencia judicial en materia sucesoria, trata de proporcionar los criterios de interpretación necesarios para la determinación de la última residencia habitual del causante, examinando las fuentes del Derecho romano, el *ius commune*, el periodo codificador, hasta llegar a los primeros pronunciamientos de los estados miembros en los que se aplica el reglamento o normas inspiradas en él, desde una vertiente legal, doctrinal y jurisprudencial, con especial atención a los denominados “casos complejos”; con la finalidad de que estos criterios pueden servir de guía a los profesionales del Derecho que deban aplicar el reglamento.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (eds.): *European Private International Law*, Granada, Comares, 2022, 493 pp. ISBN: 9788413693798

Esta obra presenta el contenido actualizado del Derecho internacional privado europeo actual. Se trata, en realidad, de un libro de Derecho escrito por varios autores de España e Italia: los profesores Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, Silvia Marino, María Asunción Cebrián

Salvat e Isabel Lorente Martínez. Este libro está dirigido a cualquier persona interesada en estudiar y conocer el sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea. En este sentido, pretende explicar con claridad las estructuras fundamentales de esta fascinante rama del Derecho, así como transmitir una serie de ideas interesantes, intuitivas, constructivas y brillantes que pueden marcar el rumbo del futuro.

Este libro entiende el Derecho internacional privado de la UE como un producto de la cultura de la sociedad europea. El Derecho internacional privado europeo no es un mero conjunto de normas, una serie de regulaciones europeas que surgen de la nada: es una parte muy importante de la cultura (jurídica) de Europa; es un producto cultural que forma parte de la civilización europea. En este sentido, los autores creemos en Europa y en los valores que Europa ha representado durante más de doscientos años. Creemos en Europa como ideal de una sociedad libre y diversa formada por personas libres y diversas. Este libro es un homenaje a la libertad de circulación de personas, familias, bienes, capitales, empresas y servicios, y también un homenaje a la libertad de empresa en una economía de mercado. Es un homenaje al Derecho internacional privado, que hace posibles todas estas libertades

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dir): *Derecho internacional privado y sociedad global. Los principios del Derecho romano en el Derecho internacional privado europeo*, Cizur Menor, Aranzadi. Pamplona, 2022, 524 pp. ISBN: 9788413454986.

La presente obra recopila dos tipos de trabajos. En primer lugar, el lector encontrará diversas reflexiones sobre cuestiones de Derecho romano y de Derecho europeo. Tales contribuciones demuestran la supervivencia de un nutrido conjunto de principios jurídicos propios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI. En segundo lugar, el lector hallará reflexiones concretas sobre casos prácticos reales de Derecho internacional privado en las que puede comprobarse la fuerza vital de dichos principios en la práctica judicial europea y española.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de: *Derecho Privado de Internet*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas / Thomson Reuters, 2022, 1612 pp. ISBN: 978-84-1390-679-9

Llegar a una 6ª edición de un libro de temática jurídica – que no sea un manual de la disciplina exigido a los estudiantes – es, en sí mismo, un logro al alcance de muy pocos. Más aún si entre esas ediciones una es en versión inglesa, lo que demuestra el interés no solo en el mercado de habla hispana, sino también su impacto en otros países. Así lo atestiguan también las numerosas reseñas realizadas en revistas extranjeras, a las que el propio autor hace referencia en el prólogo. Ciertamente, nuestro entorno carece de una obra similar a pesar de que su objeto versa sobre un campo en el que el marco normativo está europeizado y la problemática, por definición, es universal. La apuesta realizada por Pedro de Miguel Asensio hace ya más de dos décadas - la primera edición es del año 2000 - se ha consolidado y ha convertido el libro en una verdadera obra de referencia.

Las sucesivas ediciones no son reimpresiones, ni meras actualizaciones yuxtapuestas, sino que acompañan nuevos contenidos, en parte, obligados por la creciente normativa aplicable al sector y por la imparable (r)evolución de las tecnologías, cuya configuración técnica e implicaciones demandan regulaciones adaptadas. De este modo, se van incorporando la problemática, y las exigencias normativas, derivada de las criptomonedas, los *smart contracts*, la tecnología *blockchain* e incluso y la inteligencia artificial. Ello explica que el objeto se haya ido ampliando y, en consecuencia, la extensión del libro que añade unas cuatrocientas páginas a la edición española anterior, de la que han pasado ya siete años.

Un dato relevante, que ha sido definitorio de la obra, es la perspectiva utilizada: utilizando el denominador común de Internet, su transversalidad ha obligado siempre al autor a incluir contenidos de múltiples sectores, que van desde la regulación propia sobre Internet y los prestadores de servicios hasta el impacto de la red en la protección y regulación del mercado, en los derechos de exclusiva y en la contratación internacional. Además, como es sabido, se trata de una obra de autoría única, lo que

incrementa su valor y la hace aún más singular, en un momento doctrinal en el que lo habitual es la realización de compendios y obras colectivas coordinadas.

La metodología utilizada responde también a los ambiciosos objetivos propuestos: combinando doctrina, jurisprudencia, Derecho UE y Derecho comparado, en particular, el referente estadounidense. Se integran las perspectivas de Derecho material y Derecho internacional privado, con el inevitable protagonismo del Derecho UE. A ello debe sumarse la obligada traducción jurídica del metalenguaje informático, que utiliza sus propios códigos lingüísticos.

La estructura se divide formalmente en siete Capítulos, aunque si hubiera que hacer una división por contenido podrían distinguirse dos grandes bloques: el primero, integrado por los Capítulos Primero y Segundo, que versan sobre el régimen jurídico vinculado directa, y exclusivamente, a las exigencias derivadas de la plataforma tecnológica de Internet; el segundo, en el que cabrían el resto de los Capítulos, que analizan las especialidades y las exigencias que se derivan del escenario tecnológico sobre realidades jurídicas ya existentes, desde la protección de datos hasta el régimen contractual.

Siguiendo esta secuencia, el Capítulo Primero se dedica a la gobernanza de Internet y a su régimen jurídico, incluyendo su estructura de funcionamiento, como los nombres de dominio, redes sociales o contratos específicos sobre webs. El Capítulo Segundo se centra en la perspectiva subjetiva, en concreto, en los prestadores de servicios de la información que intervienen, bajo diferentes modalidades, en el entorno de Internet. Se trata no sólo de los sujetos clásicos que operan en las transacciones negociales - como los proveedores de contenidos u oferentes - sino las figuras particulares y específicas vinculadas a la red con especial importancia de los prestadores de servicios de intermediación. De ahí se genera la necesidad de identificar un responsable y delimitar su marco de responsabilidad en relación con el proveedor del contenido. Es relevante en este Capítulo el análisis del régimen extracontractual vinculado a la protección de los derechos de la personalidad, a la responsabilidad por productos o a los contenidos ilícitos.

El Capítulo Tercero tiene por objeto el régimen jurídico de la protección de datos personales, con su complejo tratamiento jurídico sobre tratamiento y transferencia de datos y el sistema de tutela pública y privada. Nos encontramos ante una de las partes más innovadoras de la edición, consecuencia inevitable del nuevo Reglamento (UE) 2016/679, general de protección de datos. A diferencia de la edición inglesa, no está incluida en esta parte la protección de los derechos de la personalidad que, como se ha indicado, está ubicada en el Capítulo anterior.

La protección del mercado se trata, en su dimensión general, en el Capítulo Cuarto - dedicado a la competencia desleal y Derecho de la competencia - y en, la dimensión de protección de derechos de exclusiva, en los Capítulos Quinto y Sexto, dedicados respectivamente a la propiedad industrial y a la propiedad intelectual. La protección del mercado ha requerido un nuevo marco normativo para adecuarse a un sistema de publicidad, de acceso a la información o de nuevas prácticas empresariales. En el Capítulo Cuarto, la novedad es la inclusión del Derecho de la competencia con la propuesta de regulación de mercados digitales, destinada a controlar determinadas conductas de las plataformas que operan en el mercado virtual. Dicha propuesta acaba de aprobarse como Reglamento (EU) 2022/1925, de Mercados Digitales. Por su parte, el impacto de la red sobre la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual obliga a una adaptación de su protección territorializada con la - aparente - ubicuidad de la red. Aparecen en este contexto dificultades para determinar el lugar del hecho causante o ejercitar las acciones de cesación, que deberán coadyuvarse de instrumentos de geobloqueo. En el Capítulo Sexto, la principal novedad es la introducción de un apartado específico sobre los límites a los derechos de exclusiva, incluyendo la Directiva 2019/790, y otro apartado sobre el mercado único digital, con el posible establecimiento de títulos unitarios, la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea y las implicaciones de la citada Directiva. En todos ellos, el esquema es el mismo: un análisis del marco normativo, con un estudio de la regulación material de Derecho internacional privado, con competencia judicial internacional y ley aplicable.

El último Capítulo, el Séptimo, analiza las relaciones contractuales. Entran aquí las particularidades relativas al consentimiento, al lugar de ejecución o cumplimiento del contrato y los especiales mecanismos de resolución de controversias.

Retomamos el inicio de esta recensión: el tiempo ha consolidado este libro como una gran obra, útil, de consulta obligada. Precisamente, por ser obra de consulta – más que de lectura lineal – sería recomendable, para una próxima edición, incluir un índice analítico que facilite la búsqueda de cuestiones concretas. A la vista de la magnitud que ha ido adquiriendo el libro, la complejidad y diversidad de temas tratados, ese índice resulta especialmente recomendable, siguiendo el modelo que el propio autor ya ha incluido en la versión inglesa de su trabajo. Quedamos a la espera de la siguiente edición que, seguro, se editará incorporar los nuevos desarrollos técnicos y normativos en un sector siempre imparable.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: *La relación laboral*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, 653, pp. 978-84-1113-442-2.

Comprender, en su exacta dimensión, la problemática que plantea la relación laboral internacional es extraordinariamente compleja, habida cuenta de todas las variables que existen y que le son ajenas, y que inciden de forma directa en ella desde su inicio hasta su finalización. Y ello no solo por las diferentes modalidades contractuales que existen atendiendo a la duración de dicha relación (trabajos temporales, discontinuos, de dedicación parcial, *minijobs*, etc.), sino también por la heterogeneidad de empleadores (subcontratas, grupos multinacionales, Empresas de trabajo temporal) y trabajadores (trabajador internacional en formación, de alta cualificación, investigador, etc.), así como por las particularidades que presenta la prestación de servicios internacional (teletrabajo, expatriados, etc.). A ello contribuye también, el que la relación laboral internacional esté sometida a una regulación poliédrica en cuanto a las fuentes (europeo, internacional y autónomo) y a las diferentes perspectivas que inciden en ella. Aparte de las cuestiones de Derecho internacional privado, existe una dimensión de Derecho público en la relación laboral transfronteriza, que engloba cuestiones de extranjería, de seguridad social internacional y de protección de datos. Además, de los diversos aspectos contractuales, extracontractuales y empresariales que están presentes en la relación laboral vinculados todos ellos a la competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones.

La obra del Profesor Espiniella Menéndez aborda esta complejidad con soltura y de forma exhaustiva, por lo que está llamada a convertirse en una obra de referencia. El enfoque amplio y omnicomprensivo que caracteriza a esta obra es una indudable virtud, rasgo que evidencia su importancia. Se trata de un estudio teórico riguroso a la par que didáctico. A ello contribuyen los apoyos jurisprudenciales (europeos, españoles y extranjeros), así como los numerosos ejemplos que se introducen a lo largo de la obra que permiten comprender mejor las tesis expuestas por el autor.

En ella se abordan los problemas de la relación laboral internacional por cuenta ajena desde la celebración del contrato internacional, hasta su extinción, pasando por cuestiones relativas al cumplimiento de la prestación laboral transfronteriza, la modificación y alteración de la actividad laboral. Es, precisamente, dicha secuencia la que condiciona que su estructura se aparte del enfoque iusprivatista más clásico, donde lo que primero se determina es la competencia judicial internacional y, después, la ley que regula el contrato, para finalizar con el reconocimiento y ejecución de decisiones.

Con estos mimbres, la monografía se estructura en seis capítulos consagrados, sucesivamente, a la celebración del contrato internacional de trabajo (Capítulo I), la configuración de la relación laboral internacional (Capítulo II), su ejecución (Capítulo III), la alteración de la relación laboral internacional (Capítulo IV), su extinción (Capítulo V), así como la litigación sobre la relación laboral internacional (Capítulo VII). Todo ello precedido de una introducción en la que se explicita la complejidad y la amplitud del enfoque que adopta el autor para su estudio, así como los objetivos a alcanzar con el mismo, entre los que cabe destacar: dotar de la máxima seguridad a la relación laboral al determinar en cada momento el régimen jurídico sobre el que construir el contenido de la relación y prevenir los conflictos, puesto que se precisan de soluciones que eviten las controversias. El resultado es un profundo análisis y reflexión de los principales problemas que plantea la relación laboral internacional, donde

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo.

también se incorporan valiosas propuestas de mejora, que se reflejan en unas conclusiones generales (pp. 551-565) y un generoso prontuario (pp. 567-627).

El primer Capítulo (pp. 31-123) lo dedica a las diferentes cuestiones que pueden plantearse en la fase previa a la celebración del contrato (búsqueda internacional de empleo, selección del trabajador, acuerdos de negociación, responsabilidad por daños en los tratos previos) y a los diversos aspectos de Derecho internacional privado que pueden suscitarse en la celebración del mismo (capacidad, contenido, idioma, forma y consentimiento del contrato). Más allá del tratamiento que hace de las interacciones que en este ámbito existen entre el Derecho internacional privado (DIPr.) y el Derecho de extranjería, es destacable cómo el autor identifica las diferentes normas de policía que pueden incidir en este ámbito, que no solo son de naturaleza distinta (en materia contractual, seguridad social, de extranjería y protección de datos), sino también de diferente procedencia (europeas, estatales y supraestatales), y cuya exigencia es inexcusable, sea cual sea la ley rectora de la relación laboral.

El segundo Capítulo (pp. 125-194) se centra en el análisis de las condiciones especiales que por razones de tiempo (trabajos internacionales de duración determinada, discontinuos, etc.), espacio (trabajadores transfronterizos, expatriados, etc.) y cualificación del trabajador internacional (trabajador en formación, altamente cualificado, etc.) afectan a la relación laboral internacional desde el momento mismo de su nacimiento, que influyen en la ley aplicable al contenido del contrato y en la determinación del punto de conexión, en el sistema de cotización y en las propias normas de extranjería. También existen condiciones especiales que por razones de actividad (pesca, transporte por carretera, etc.) pueden afectar a la relación laboral, habida cuenta de lo establecido tanto la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo de 19 de diciembre de 2016 por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, como en la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE como la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) núm. 1024/2012. Destacaría aquí el interesante análisis que hace el autor sobre las dudas que surgen sobre el carácter laboral del personal de alta dirección al hilo de la decisión del TJUE de 11 de abril de 2019.

En el tercer Capítulo (pp. 195-280) aborda la ejecución. Para ello, primero analiza el marco general de cumplimiento (obligaciones transfronterizas de las partes, condiciones internacionales de trabajo, etc.) y, en segundo lugar, se ocupa de las contingencias profesionales que pueden originarse y en donde el autor evidencia la lógica laboral y de daños que concurre en este ámbito, y la nebulosa que existe en DIPr. sobre la calificación como contractual o extracontractual de este tipo de daños. Una materia que el autor domina magistralmente y en la que evidencia que la aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo como la más vinculada a un daño es una solución útil, pero también ambigua y artificiosa. Finaliza este capítulo analizando las irregularidades que pueden producirse en la ejecución del trabajo, como así sucede con el trabajo sin las oportunas autorizaciones o cuando se oculta la relación laboral a través de otras figuras como la del trabajador por cuenta propia o profesional autónomo.

En el Capítulo cuarto (pp. 281-373) aborda la alteración de la relación laboral internacional. La ley de la relación laboral regula las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, así como la movilidad funcional. Se trata, no obstante, de una regla que tiene excepciones en función de ciertas alteraciones de naturaleza subjetiva (subcontratas, cesión de trabajadores, etc.), temporal o espacial (traslados permanentes, desplazamientos temporales, etc.). Mención especial merece el tratamiento que realiza en este capítulo de los desplazamientos internacionales y, en particular, de la Directiva (CE) 96/71, modificada por la Directiva (UE) 2018/957. Compartimos plenamente la afirmación que realiza el autor cuando califica a dicha Directiva como una norma identificadora de las leyes de policía; función que desempeña el art. 3 de la misma (p. 350). Lo que contrasta con la opinión manifestada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al resolver los recursos de anulación y nulidad que tanto Hungría como Polonia interpusieron, respectivamente, contra la Directiva (UE) 2018/957, donde calificó a dicho precepto como de “norma especial de conflicto de leyes”. Y es que en este ámbito los problemas de imbricación entre la Directiva y el Reglamento “Roma I”, así como también entre las

normas estatales de incorporación de la Directiva con el art. 9 del Reglamento “Roma I”, dada la diversidad metodológica utilizada por los legisladores estatales para su transposición (normas unilaterales v. bilaterales), son evidentes.

En el Capítulo quinto (pp. 275-449) estudia la extinción de la relación laboral y sus efectos en el ámbito del Derecho privado, en el Derecho de la seguridad social y en el Derecho de extranjería. En este ámbito la Directiva (UE) 2019/1152 juega como ley de policía europea a los efectos de blindar al trabajador del despido por ejercer los derechos que le confiere, respecto de prestaciones habituales en la UE. Por lo que respecta a los expedientes colectivos de regulación de empleo transfronterizo, su tramitación queda excluida del Reglamento “Roma I”, lo que hace necesario una relación europea más específica, completa y detallada.

En el sexto, y último Capítulo (pp. 451-550), se analiza de forma completa y exhaustiva la dimensión de Derecho procesal internacional presente en este ámbito, donde no solo analiza los diferentes foros de competencia y la ejecución transfronteriza de decisiones, sino otros aspectos como el de la asistencia jurídica gratuita, información del Derecho extranjero, la prueba o la notificación internacional que están regulados de forma profusa en diferentes instrumentos normativos que no han dado a la materia laboral el protagonismo que merece. Precisamente, cuando analiza los foros de competencia judicial internacional, así como la eficacia extraterritorial de decisiones, el autor realiza una serie de afirmaciones, de las que, sin ánimo de exhaustividad, dada la riqueza y densidad de las mismas, destacaría las siguientes. En primer lugar, destaca que debería explicitarse la necesaria prohibición de que el empleador utilice el foro de su propio establecimiento en contra del trabajador. En segundo lugar, se refiere la necesidad de circunscribir la competencia de los tribunales del Estado de destino fijada por la Directiva (CE) 96/71 a los casos en los que el trabajador es el demandante. En tercer lugar, refiere el silencio sobre cómo afecta un fraccionamiento de contratos a los pactos de sumisión y la determinación del lugar de prestación habitual. En cuarto lugar, aborda el anacronismo histórico presente en la LOPJ, cuando se refiere a la competencia de los tribunales por ser españoles trabajador y empleador. En quinto lugar, habla sobre la necesidad de que se atribuyan competencia a los órganos judiciales de lo social, para conocer de los distintos procedimientos de declaración de ejecutividad, ejecución o de denegación de ejecución. Por último, hace alusión a las dificultades que existen para ejecutar obligaciones de no hacer.

En definitiva, nos encontramos ante una monografía que constituye una obra de gran madurez. Desde la primera hasta la última página se reconoce una construcción novedosa y coherente con unos objetivos claros y bien trazados, donde los razonamientos esgrimidos se sustentan en una doctrina sólida, como así lo demuestra la amplia bibliografía (española y extranjera) que maneja el autor. Constituye, por tanto, una obra de lectura obligada para aquellos profesionales interesados en los aspectos legales de la relación laboral internacional, donde el lector encontrará una valiosa guía para manejarse en este complejo ámbito.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2022, 976 pp. ISBN: 9788413907000.

La presente obra, cuidadosamente actualizada y adaptada a los más recientes cambios legislativos y jurisprudenciales en la materia, incorpora un estudio sistemático del sistema español de Derecho internacional privado, que abarca tanto la denominada parte general (Competencia judicial internacional, Derecho aplicable, Reconocimiento de decisiones y actos extranjeros, Derecho procesal civil internacional) como la parte especial de esta disciplina (Persona, Familia, Sucesiones, Obligaciones y Bienes). La inclusión exhaustiva de fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales la convierten en un instrumento útil no solo para la enseñanza o la investigación en Derecho internacional privado, sino también en una obra de referencia para el ejercicio práctico del Derecho. Tras doce ediciones en su formato actual y otras tres en su formato como «Curso», la primera de ellas publicada en 1991, se trata de una obra ya clásica en el panorama de la bibliografía jurídica española.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

GONZÁLEZ MARIMÓN, María: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 310 pp. ISBN: 9788411309455.

La sustracción internacional de menores se presenta hoy en día como un ejemplo paradigmático de la complejidad de los asuntos transfronterizos en los que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes. La presente monografía recorre el paisaje de fuentes en el espacio jurídico europeo en esta materia, caracterizado por la interacción de instrumentos de distinto origen y ámbito, y que recientemente se ha sometido a examen. Y ello porque, en la actualidad, se reivindica una necesaria redefinición del marco jurídico buscando adecuarlo a nuevas realidades y matices; y en particular, en la mayor centralidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el principio de su interés superior. Precisamente, este ha sido uno de los objetivos fundamentales del Reglamento 2019/1111 o Bruselas II ter, que sustituye al Reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis.

HERRERO URTUETA, Eduardo: *La responsabilidad del vendedor en el comercio internacional desde una perspectiva práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 241 pp. ISBN: 9788411138055.

El comercio internacional tiene una relevancia capital en un mundo global, de modo que, teniendo eso en cuenta, la presente obra analiza la problemática que surge alrededor del incumplimiento del vendedor en la compraventa internacional de mercaderías. Uno de los aspectos más complejos en las operaciones comerciales es la dificultad de coordinar los contratos de compraventa y transporte. Por ello, es imprescindible examinar los diferentes textos reguladores de los contratos de compraventa internacional tales como la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT y los INCOTERMS; junto con los convenios reguladores de los contratos de transporte internacional. De este modo, con los fundamentos claramente establecidos, será posible establecer, ante un posible incumplimiento del porteador, cómo se verá afectada la responsabilidad del vendedor, la responsabilidad del transportista y la relación entre ellas. Además, hay que tener en cuenta que el incumplimiento puede ser consecuencia de algún evento accidental, de manera que será necesario establecer la posible exoneración y liberación contractual que podría aplicarse al caso. Todo ello para concluir con la parte más relevante, esto es, fijar la legitimación y delimitar quién puede reclamar a quién con el objetivo de resarcir los daños y perjuicios sufridos.

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: *Derecho sucesorio inglés, normas de conflicto y sucesión de ciudadanos británicos en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 352 pp. ISBN: 9788413919072.

A pesar de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, el número de nacionales británicos que van a seguir visitando y residiendo en nuestro país no es baladí y hace que el tratamiento de las sucesiones internacionales de estos ciudadanos siga siendo un tema de gran relevancia.

Por este motivo, resulta de gran interés y utilidad el estudio y análisis de aquellos aspectos relativos al derecho sucesorio, tanto desde la perspectiva del Derecho material inglés cuanto de las normas de Derecho internacional privado del *common law* y de la Unión Europea aplicables en esta materia, con el fin de entender y tratar de manera correcta este tipo de sucesiones internacionales.

Desde esa perspectiva, la presente obra ha sido concebida como una herramienta práctica de trabajo que permitirá a los profesionales del derecho el acceso a una guía fácil y práctica a la hora de afrontar la sucesión de ciudadanos británicos en España; su familiarización con el derecho material inglés y con su ordenamiento jurídico y organización jurisdiccional incardinada en el denominado sistema del *common law*; y el conocimiento de las normas de conflicto inglesas y de la Unión Europea, en particular, el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales que, aunque no es de aplicación por los órganos jurisdiccionales ingleses, afectará a los ciudadanos británicos cuya sucesión se abra en España, teniendo en cuenta que los jueces y tribunales españoles sí que vienen obligados a aplicar el Reglamento con el fin de determinar el tribunal competente e identificar la ley aplicable a estas sucesiones.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: *Daños punitivos y Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 182 pp. ISBN: 9788413454870.

En el Derecho anglosajón de daños, conocido como *tort law*, se utiliza con asombrosa frecuencia la expresión *punitive damages*. No solo conocidos con esa definición, sino también como *exemplary damages*, *punitory damages*, *non compensatory damages*, etc. Se consideran una parte de las consecuencias jurídicas que derivan de un daño ilícito. La traducción más extendida entre la doctrina que se realiza de los *punitive damages* es la de “daños punitivos”. Esta institución jurídica propia del Derecho anglosajón es completamente diferente a la institución legal de daños y perjuicios, comúnmente extendida en el Derecho de corte continental. La finalidad es sensiblemente diferente entre una institución y la otra. La auténtica finalidad de los daños punitivos es el castigo de una conducta, ser ejemplarizantes. Cuando existe una condena a daños punitivos no solo se realiza para compensar a la víctima del daño sufrido, sino que busca un castigo ejemplar y también la disuasión de posibles conductas similares.

MARCHAL ESCALONA, Nuria: *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 224 pp. ISBN: 9788411249089.

Pueden los notarios españoles disolver un matrimonio en los supuestos en los que hay un elemento de extranjería? ¿Qué ley deben aplicar? ¿Derecho español o extranjero? ¿Pueden ser reconocidos en España los divorcios no judiciales obtenidos en el extranjero? Tales cuestiones evidencian que el divorcio no judicial se ha convertido en una institución de gran interés y gran complejidad. El divorcio no judicial no solo supone la disolución del vínculo matrimonial, sino también la necesidad de reestructurar las relaciones entre los cónyuges (régimen económico del matrimonio, alimentos, etc.). Hoy día la concreción de tales aspectos se ve dificultada por la incidencia de distintos instrumentos normativos (Derecho institucional, Derecho convencional y estatal) tanto por lo que respecta a la competencia judicial internacional como en relación con la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones. El aplicador del Derecho se enfrenta, en efecto, a una fragmentación de fuentes que supone un plus de dificultad, pues ha de determinar en cada caso la normativa aplicable. El objeto del presente trabajo es ofrecer una visión completa de la regulación jurídica en el Derecho internacional privado español del divorcio no judicial, lo que implica analizar los problemas de competencia internacional -e interna-, de ley aplicable y de eficacia extraterritorial, que presenta esta institución en nuestro país de forma clara y accesible, con un análisis exhaustivo de Derecho comparado y jurisprudencial, orientado a la realidad. Proporciona las claves necesarias al aplicador del Derecho, que se enfrenta a una fragmentación de fuentes, para determinar en cada caso la normativa aplicable.

MERINO CALLE, Irene: *Lex Mercatoria, costumbre y Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 200 pp. ISBN: 9788411245968.

La obra titulada pretende ser un aporte no sólo teórico, sino también práctico para la disciplina del Derecho Internacional Privado. A lo largo de las páginas que componen la obra, se tratará de analizar la importancia de la *lex mercatoria*. El trabajo pretende realizar de una forma breve, un recorrido histórico sobre la llamada *lex mercatoria*, y de forma más singular, insertos en la dimensión jurídico-dogmática, un recorrido por sus expresiones y contenido, para finalmente entrar a considerar su aplicación práctica en la jurisprudencia española y de la Cámara de Comercio Internacional.

ORBEGOZO MIGUEL, Xabier: *Medidas cautelares en el comercio internacional. Perspectiva jurisdiccional y arbitral. Guía para el operador jurídico español y europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 364 pp. ISBN: 9788413918884.

La que se dedica el segundo capítulo. De esta manera el lector obtendrá una completa visión de las diferentes alternativas y particularidades de una cuestión que transita entre el Derecho procesal internacional y el Derecho internacional privado, atravesando de manera tangencial numerosos asuntos que suscita la adopción de medidas cautelares en el citado contexto. La vertiente jurisdiccional ha sido

analizada con exhaustivas referencias a la legislación española y europea, introduciendo además la fundamental alusión a la jurisprudencia del TJUE, que tanto aporta al tema de estudio a nivel europeo. Se completa, asimismo, este capítulo con el necesario análisis de la Orden europea de retención de cuentas, cuya creación supone un importante hito a nivel europeo en materia cautelar.

En línea con la vocación práctica que ofrece la obra, el segundo capítulo proyecta el tema de estudio sobre el arbitraje, abordando la cuestión desde lo general -medidas cautelares y arbitraje- a lo especial, siendo fundamental el análisis de la situación de la tutela cautela arbitral en la UE y descendiendo finalmente al análisis del arbitraje UNCITRAL y la LMU. En definitiva, un completo recorrido por las fuentes, la interpretación judicial de las mismas y las controversias doctrinales generadas en torno a una cuestión que debe ser siempre tenida en cuenta en todo proceso litigioso con un componente de internacionalidad.

ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso: *El intercambio de datos de carácter personal como paradigma de desarrollo de una economía global. Desde la óptica del Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 265 pp. ISBN: 9788411247511.

Este trabajo pretende demostrar que, en el momento actual, incluso tras hitos jurídicos relevantes en la materia como han sido el Brexit o la STJUE *Scherems*, el titular del derecho a la protección de datos de carácter personal ante una transferencia internacional ilícita de sus datos se encuentra en una situación de desprotección.

El objeto de este estudio se circunscribe a la responsabilidad civil extracontractual derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita. En primer lugar, se partirá del deslinde del objeto de estudio para establecer los supuestos tipo a examinar: la situación de desprotección del titular del derecho a la protección de sus datos de carácter personal, derivados de una infracción extracontractual que trae su causa de un intercambio internacional de datos de carácter personal (Capítulos I y II).

A continuación, se estudiará la posible satisfacción de los problemas derivados del supuesto tipo, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, centrándonos en los sectores de la resolución judicial de controversias (Capítulo III) y de la determinación de la ley aplicable (Capítulo IV).

Finalmente, el trabajo de investigación se cierra con unas Conclusiones que permitirán reivindicar las posibilidades de mejora del sistema de Derecho internacional privado para procurar al titular del derecho a la protección de datos personales una tutela adecuada, equilibrada y eficaz de sus intereses legítimos, cuando se enfrenta a una infracción extracontractual, derivada de la transferencia internacional ilícita de sus datos de carácter personal.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dir.): *Arte, Derecho y comercio internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 343 pp. ISBN: 9788413916156.

Arte, Derecho y Comercio internacional pueden resultar a priori disciplinas esencialmente opuestas. Mientras que la primera, el Arte, evoca conceptos como creatividad, belleza y emoción; la segunda, el Derecho, despierta sensaciones de rigidez, firmeza y frialdad. No obstante, la realidad es muy diferente, y lo legal convive en el mundo de las musas de manera cotidiana en lo que se conoce como Derecho del arte. Si algo define al mundo del Arte es su carácter internacional. Por ello, no es raro que en los juicios donde hay obras de por medio, las partes involucradas residan en países diferentes, generando conflictos de jurisdicción importantes.

En España, son muchos los bufetes o departamentos de grandes despachos que trabajan en esta área. Sus carteras de clientes incluyen tanto grandes museos como pequeños artistas, pasando por galerías de arte, casas de subastas y coleccionistas privados. Los asuntos que atienden son de lo más diverso y variopinto: desde una operación de compraventa de una importante escultura hasta verificar la autenticidad de una obra, gestionar el transporte de una pieza artística para su exposición en un museo extranjero, indagar el pasado de la obra y sus anteriores propietarios, así como constatar su autenticidad o, inclusive, gestionar el “lado emocional” por el que su propietario está unido a esa pieza artística y,

por supuesto, su valor en el momento concreto que quiere transmitirla a un tercero. Los casos que requieren de asesoramiento legal son numerosos (la protección internacional de bienes culturales; la lucha contra el tráfico ilícito internacional de obras de arte y la cooperación judicial internacional; los aspectos privados internacionales del mercado de arte; el régimen de exportación; así como, la fiscalidad, la falsificación, la expropiación de las obras de arte y pintura; todo lo relativo a los seguros especializados; y, a los derechos y las obligaciones del consumidor y/o usuario en el mercado on-line), convirtiendo el Derecho del Arte en una materia que, está adquiriendo cada vez más protagonismo dentro del sector. Esto se debe a que los agentes del mercado son cada vez más conscientes de que necesitan dotar de una cobertura jurídica a su actividad. El auge de este campo tiene mucho que ver con los cambios legislativos, como la aprobación de una nueva ley de patrimonio histórico, ley de mecenazgo y otras modificaciones fiscales sustanciales, lo que supondrá más trabajo para los abogados.

La idea de este trabajo, realizado bajo el auspicio de las Ayudas a la Investigación de la Universidad Miguel Hernández de Elche 2021 para el impulso a la difusión de la ciencia, la tecnología y la innovación, es reflexionar acerca de los temas clave en este trío Arte-Derecho-Comercio internacional, desde una perspectiva multidisciplinar y dándole un enfoque eminentemente práctico, planteando problemas y aportando soluciones, con profesionales del mundo de la Universidad y de la práctica del Derecho como auténticos protagonistas de este trabajo coral que entendemos necesario para seguir construyendo esa disciplina que es el Derecho del arte.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (coord.): *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho Internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, 284 pp. ISBN: 9788413916217.

Este trabajo es fruto de las “Jornadas internacionales: responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado”, subvencionadas por la Consellería de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática de la Generalitat Valenciana (TSPUNI/2021/03/4), que bajo la Dirección del Prof. Dr. Alfonso Ortega Giménez, y la Secretaría de la Profesora Lerdys Saray Heredia Sánchez se celebraron, en modalidad, online, en la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante-España), el pasado 20 de octubre de 2021.

El lector encontrará un crisol de temas de investigación y de autores, españoles y extranjeros, de diferentes disciplinas jurídicas, que reflexionan sobre la responsabilidad social y transparencia, con unos objetivos claros: analizar de forma transversal los aspectos jurídicos que involucran la responsabilidad social y el autogobierno, desde la perspectiva multidisciplinar que ofrece el Derecho internacional privado, tanto a nivel europeo, como a nivel español, especialmente, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; difundir los estudios académicos y prácticos dirigidos a impulsar, coordinar y desarrollar la normativa española y autonómica dentro del ámbito de la responsabilidad social y del fomento del autogobierno y la transparencia, en línea con las políticas marcadas por la Unión Europea; propiciar un espacio de intercambio profesional entre la academia y la práctica, sobre estos temas: responsabilidad social y transparencia en un contexto internacionalizado como es el de la Comunidad Valenciana, con una gran vocación internacional tanto ad extra como ad intra; y poner en común distintas experiencias sobre el binomio “responsabilidad social y transparencia”, desde la perspectiva local, autonómica, estatal e internacional. El resultado de este debate-reflexión-mirada-lectura es la obra que aquí presentamos y que esperamos que le permita al lector aprender y aprehender, desde el Derecho internacional privado, sobre responsabilidad social y transparencia.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, CASTELLANOS CABEZUELO, Ángela, CHOQUE ALARCÓN, Daisy, GARCÍA ESCOBAR, Encarnación: *Práctica de la contratación internacional. Modelos más frecuentes de contratos mercantiles internacionales*, Madrid, Sepin, Servicio de Propiedad, 2022, 110 pp. ISBN: 9788413881133.

Toda operación comercial internacional queda plasmada en un contrato mercantil internacional. Ahora bien, la negociación de ese contrato planteará una serie de complejidades, derivadas de las

obligaciones exigidas por los instrumentos jurídicos existentes en la materia, que las partes deberán conocer y saber gestionar.

En este trabajo el lector encontrará los modelos más frecuentes de contratos mercantiles internacionales que empresas y profesionales del mundo del comercio internacional deben conocer (compraventa internacional de mercaderías, agencia comercial internacional, concesión o distribución comercial internacional, franquicia comercial internacional y *joint venture* internacional). Además, estos se acompañan de otros modelos de materia (investigación y desarrollo internacional, licencia de uso de marca y licencia de uso de software) que también pueden resultar de interés.

PRATS JANÉ, Sergi: La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España. Notificaciones, obtención y práctica de pruebas, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2022, 474 pp. ISBN: 9788419045966.

El presente libro, tiene por objeto la cooperación jurídica internacional, en materia civil y mercantil, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español. Se centra el libro en analizar todos aquellos instrumentos normativos que se aplican a nuestro Estado en dicha materia, en el ámbito de las notificaciones, así como en la obtención y práctica de pruebas. Este libro pretende ser una guía práctica de aplicación de los instrumentos normativos, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el ámbito convencional (convenios bilaterales y multilaterales), esto es, entre España y terceros estados que no forman parte de la Unión Europea, así como en el ámbito del derecho interno o autónomo. Se plasma, de forma práctica y ordenada, la normativa dispersa que existe en esta materia. Se dirige esta obra, no sólo a los alumnos de grado o postgrado, sino también a todos aquellos profesionales, tales como abogados, procuradores, jueces y cualquier operador jurídico, que se pueda encontrar en su labor diaria con situaciones jurídicas transfronterizas. Son objeto de análisis de este trabajo, los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de notificaciones y obtención y práctica de pruebas, que se han empezado a aplicar a partir del 1 de julio de 2022: el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el ámbito de la obtención de pruebas, en materia civil o mercantil. También se pasa revista al reglamento 1393/2007 y al Reglamento 1206/2001, que hasta la aplicación de los dos nuevos reglamentos, se han estado aplicando en el ámbito de la Unión Europea y que aquellos han derogado. Por otro lado, se analizan los 11 convenios bilaterales firmados por España con terceros países que no forman parte de la Unión Europea, tanto en materia de notificaciones como en materia de obtención y práctica de pruebas.

Son objeto de estudio, también, como instrumentos convencionales multilaterales, los instrumentos ratificados por España y de aplicación cuando no existe convenio bilateral de aplicación: Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero, en materia civil o mercantil de 18 de marzo de 1970; Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010; Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 y la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975 (junto a su Protocolo adicional firmado en Montevideo el 8 de mayo de 1979). El último de los apartados de la obra, tiene por objeto el análisis del Derecho autónomo español: la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil y el Reglamento 1/2018, de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.

Finalmente, y para facilitar la localización de todos los instrumentos normativos anteriormente referidos, se incorporan como Anexo, los textos legislativos extraídos de su publicación oficial en el BOE o, en su caso, de las páginas web oficiales de las organizaciones internacionales en el seno de las cuales se han llevado a cabo (Conferencia de la Haya, OAS..etc). Sergio Prats Jané es Doctor en

Derecho Internacional por la Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona, Profesor Asociado de dicha Universidad desde el año 2006 y abogado con despacho en Barcelona. Inició su etapa profesional como Funcionario titular en la Administración de Justicia. Finalizó sus estudios de Derecho en la Universitat de Barcelona y, tras solicitar la excedencia voluntaria como funcionario, inició su etapa académica a través de una beca de investigación como becario predoctoral en la Universitat de Barcelona, en el Área de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho y Economía Internacionales, donde inició sus estudios de Doctorado. Tras esta etapa inicial, compaginó la docencia universitaria en la Universitat Abat Oliba CEU, junto al ejercicio profesional como abogado, colegiado en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, fundando el despacho PSG Abogados, despacho especializado en Derecho Privado y Derecho Internacional. Durante estos últimos años, el Dr. Prats, además, ha sido profesor sustituto de la UNED en la Delegación de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona) de las asignaturas de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Unión Europea; Profesor Asociado de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona de las asignaturas Comercio Internacional y Derecho Internacional Privado del Grado en Derecho y de Litigación Internacional de los negocios en el “Master en Derecho de la Empresa y la Contratación” y, finalmente, Profesor Asociado de la asignatura Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona. Asimismo, ha sido profesor en distintos Másteres de Derecho Internacional y de Derecho de Empresa, ha impartido conferencias y seminarios en distintas universidades españolas y colegios profesionales y tiene distintas publicaciones en relación al Derecho Internacional en el ámbito de la Unión Europea. Actualmente el Dr. Prats es coordinador del Máster de Abogacía Internacional de la Universitat Abat Oliba CEU, profesor tutor del Máster de Abogacía de la Universitat Oberta de Catalunya y socio cofundador del despacho LSB Abogados de Barcelona.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, 304 pp. ISBN: 9788430985340.

El presente Manual ha sido concebido como una herramienta muy básica para que el estudiante de Grado pueda aprehender la esencia del Derecho internacional privado, ello sin menoscabo del rigor científico, de la actualidad de los materiales manejados y del afán propedéutico que siempre deben estar presentes en el quehacer del profesor universitario. Se pretende con esta obra, en fin, ofrecer un instrumento para el estudio de la asignatura Derecho internacional privado adaptado a las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior en lo estructural, en lo sustancial y en lo pedagógico. Se aborda en el Manual una materia que adolece de una complejidad que se incrementa con el continuo desarrollo del tráfico jurídico externo. Con el ánimo de allanarla se ha estructurado la obra en torno a un doble eje. Por una parte se acoge, como perspectiva de análisis, el sistema español en la materia. Por otra se sigue un iter lógico en el tratamiento de los contenidos que comienza con los aspectos introductorios del Derecho internacional privado, prosigue con el Derecho procesal civil internacional, continúa con los métodos de reglamentación y sus problemas de aplicación, finalizando con el Derecho civil internacional. Pese a la limitación física de un formato necesariamente marcado por la concisión, se ha querido que el lector de esta obra halle en ella los conceptos esenciales de la asignatura a fin de prepararlo para afrontar, con unas garantías mínimas, cualquier supuesto de tráfico jurídico externo.

SÁNCHEZ CAÑIZARES, Luis: *El crédito documentario y el mensaje SWIFT*, Barcelona, Marge Books, 2022, 262 pp. ISBN: 9788415340386.

El medio de pago más utilizado en el comercio internacional de mercancías es el crédito documentario. Un recurso que actúa, a su vez, como mecanismo de financiación e instrumento de garantía en las relaciones comerciales, más allá de las diferencias culturales y de idioma, o los cambios económicos y sociopolíticos. Este libro es un manual para formarse en el uso del crédito documentario. A partir del examen de las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios (UCP 600), la práctica bancaria internacional estándar (ISBP 745) y los estándares SWIFT, se analizan todos los campos del mensaje SWIFT MT 700 a través de una operación de importación y los principales mensajes derivados de la misma: preaviso, modificación y notificación a un segundo banco avisador. Asimismo se informa sobre la presentación electrónica de documentos a través del suplemento e-UCP

2.0. El manual está adaptado a los estándares SWIFT 2018 que adecuan el mensaje a las UCP 600, en vigor desde noviembre de 2018, y a las Incoterms 2020.

TALERO RUEDA, Santiago: *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y Derecho aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 960 pp. ISBN: 9788411301695.

Esta obra se ocupa de múltiples conceptos y aspectos prácticos del arbitraje comercial internacional, tales como su naturaleza y principales clasificaciones; los criterios para fijar su internacionalidad; el pacto arbitral con sus requisitos de validez, sus vicios reconocidos internacionalmente, sus pautas de redacción, su posible extensión a sujetos no signatarios y las teorías o tendencias sobre su Derecho aplicable; los principios de separación del pacto arbitral y *Kompetenz-Kompetenz*; la noción de arbitrabilidad objetiva de controversias; las medidas cautelares y las denominadas *anti-suit injunctions* y *anti-arbitration injunctions*; la figura del árbitro de emergencia; la organización del procedimiento; los estándares internacionales imperantes para practicar pruebas; la realización de audiencias; el diseño de trámites especiales y expeditos; y la importancia de la sede del arbitraje. También se analiza la elección del derecho sustancial aplicable para resolver el litigio; la noción de laudo y, de manera amplia y detallada, la anulación del laudo, su trámite de reconocimiento, y el recurso de amparo o acción de tutela, que opera en algunos países de Iberoamérica. Dentro de los sistemas jurídicos revisados, se incluyen la Ley

Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros; la Regulación Roma I sobre ley aplicable a obligaciones contractuales; la Convención de la ONU sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -CISG-; los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales; las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas; las Reglas de Praga Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos; y múltiples disposiciones nacionales e institucionales. También se aborda un amplio número de fallos judiciales, proferidos en numerosos países y regiones del mundo. La revisión minuciosa y exhaustiva de la jurisprudencia, la doctrina y las principales normas arbitrales, hace que esta obra sea de gran utilidad para los lectores interesados en la teoría y la práctica del arbitraje comercial internacional

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
diciembre de
2022

