

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 julio de 2023. 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 XXIII

Scopus[®]



Iprolex
2023

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

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
Catedrático del Institut für Zivilverfahrensrecht de la Universidad de Viena. Asociado del *IDI*

Matthias Lehmann
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Viena

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

Leonel Perezniето Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Secretario general del IHLADI

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); **Esperanza Castellanos Ruiz** (Catedrática de la Universidad Carlos III); **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); **Sébastien Manciaux** (Maître de conférences de la Universidad de Borgoña); **Pedro J. Martínez Fraga** (Practitioner in international business law, USA); **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 (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Antonia Durán Ayago** (Profesora titular de la Universidad de Salamanca); **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); **Helena Maria Machado Barbosa da Mota** (Assisatant Professor Universidad de Porto); **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); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **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); **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
Juan José Álvarez Rubio
Vésela Andreeva Andreeva
Rafael Arenas García
David Carrizo Aguado
Esperanza Castellanos Ruiz
María José Castellanos Ruiz
Pedro A. De Miguel Asensio
María del Pilar Diago Diago
Ángel Espiniella Menéndez
Ana Fernández Pérez
José Carlos Fernández Rozas
Albert Font i Segura
Josep Maria Fontanellas Morell
Victoria Garin Giménez
Cristina González Beilfuss
Saioa Goyeneche Echeverría
Aurora Hernández Rodríguez
Mónica Herranz Ballesteros
Javier J. Izquierdo
Pilar Jiménez Blanco
Briseida Sofía Jiménez-Gómez
Raúl Lafuente Sánchez

Enrique Linares Rodríguez
Nerea Magallon Elosegui
Nuria Marchal Escalona
Diana Marín Consarnau
Javier Maseda Rodríguez
Pablo M. Melgarejo Córdón
Antonio Merchán Murillo
Gisela Moreno Cordero
Ana Moreno Sánchez-Moraleda
Helena Mota
Milagros Orozco Hermoso
Carmen Parra Rodríguez
Jorge Pedemonte Marino
Lucas Andrés Pérez Martín
Marta Robles
María Ángeles Rodríguez Vázquez
Isabel Rodríguez-Uría Suárez
Mercedes Sabido Rodríguez
Lorena Sales Pallarés
María Jesús Sánchez Cano
María Ángeles Sánchez Jiménez
Sixto A. Sánchez Lorenzo
Marina Vargas Gómez-Urrutia

Sumario

Estudios

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO

Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en los registros mercantil y de la propiedad	23-59

VICTORIA GARIN GIMÉNEZ

'Conflicts Revolution' or Revolution through Conflicts? Promoting Change or Preserving the Status Quo via Private International Law	61-85

SAIOA GOYENECHE ECHEVERRÍA

Sobre la oportunidad (y necesidad) de una reforma del sistema interno de Derecho interregional	87-118

NEREA NAGALLON ELOSEGUI

¿Hacia un estatuto personal y familiar europeo?	119-149

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

La Propuesta de Reglamento Europeo sobre filiación: principales retos	151-170

ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento sobre Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia	171-194

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ

Gestación subrogada y fecundación póstuma	195-229

DIANA MARÍN CONSARNAU

- Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación en y entre instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea 231-252

Varia

DIEGO ZANNONI

- Cultural diversity as a test bench for the future of private international law: What legal treatment for Islamic institutions in Europe? 255-281

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ

- Los principios de Unidroit sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado 283-325

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN

- La prueba de la cualidad de heredero en Italia. una nueva inmersión en el debate de la consideración de los notarios como “tribunales” a efectos del art. 3.2º del Reglamento 650/2012 327-350

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

- La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios, ¿una cuestión olvidada por el Reglamento Bruselas I bis? 351-372

LORENA SALES PALLARÉS

- Sin margen y en el descuento: las iniciativas de la Unión Europea en la lucha contra la esclavitud moderna 373-397

Notas

JOSEP MARIA FONTANELLAS MORELL

- Rechazo del reenvío que, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 650/2012, efectúa la normativa conflictual del Estado de la nacionalidad del causante a cuya legislación éste había sometido su sucesión 401-410

HELENA MOTA

Sistemas plurilegislativos y aplicación del Reglamento europeo de sucesiones. A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022: una visión desde Portugal	411-431

JAVIER J. IZQUIERDO y MARTA ROBLES

Indebido emplazamiento del demandado como motivo de vulneración del orden público español y denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2023	433-441

Textos legales

Unión Europea.....	445
1. Medidas adicionales para el reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno y la agilización de los retornos (24 marzo 2023)	449
2. Nueva ordenación en la Unión Europea de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia (22 noviembre 2023)	445
3. Nuevas normas sobre la digitalización de la cooperación judicial transfronteriza y el acceso a la justicia en la Unión Europea (8 diciembre 2023)	450
Legislación española.....	453
4. Condiciones y procedimientos de homologación, de declaración de equivalencia y de convalidación de enseñanzas universitarias de sistemas educativos extranjeros (18 octubre 2022)	453
5. La Ley 20/2022, de Memoria Democrática establece una regla para la adquisición de la nacionalidad española para nacidos fuera de España de padres o madres, abuelas o abuelos, exiliados por razones políticas, ideológicas o de creencia (20 octubre 2022)	454
6. Modificación de la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia (28 octubre 2022)	455
7. Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, potencia los incentivos fiscales, atracción de inversión extranjera y fidelización del talento (22 diciembre 2022)	458
8. Ley 29/2022, de 21 de diciembre, sobre Eurojust, y regulación de los conflictos de jurisdicción, las redes de cooperación jurídica internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior (22 diciembre 2022)	460

9. Medidas para impulsar la actividad y mantener la estabilidad económica y social, apoyando a los sectores estratégicos, en particular mediante la extensión durante dos años del procedimiento especial de control de inversiones extranjeras (28 diciembre 2022)	461
10. Servicio Público de Justicia y funciones de la Abogacía del Estado en representación y defensa del Reino de España en los conflictos jurídicos internacionales (28 diciembre 2022)	462
11. Normas de extranjería en la Ley del Deporte de 30 diciembre 2022 (31 diciembre 2022)	463
12. Disposiciones de extranjería de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (1 marzo 2023)	460
13. Transposición parcial de la Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo alta cualificación (9 mayo 2023)	467
14. Nuevo Reglamento de adopción internacional en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero (5 julio 2023)	467
15. Nuevo Real Decreto de inversiones extranjeras en España que desarrolla el régimen de control de inversiones que fue implantado a través de la introducción del art. 7bis de la Ley 19/2003 en marzo de 2020 (5 julio 2023)	485
16. Régimen disciplinario del sistema de acogida en materia de protección internacional (Orden ISM/922/2023, de 6 de julio)	487
17. Actuación de los Abogados del Estado en representación y defensa del Reino de España ante los tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales y en arbitrajes, conciliaciones judiciales y administrativas (20 julio 2023)	491
18. Enfoque coherente entre los Estados miembros de la UE en lo relativo a la exportación de prestaciones y al lugar de cotización del teletrabajador (4 agosto de 2023)	495
Convenios internacionales.....	498
19. Entrada en vigor del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009 (1 enero 2024)	498

Jurisprudencia

Dirección de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS Y SANTIAGO
ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Comentarios DE JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA,
DAVID CARRIZO AGUADO, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, M^a JOSÉ
CASTELLANOS RUIZ, PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, MARÍA DEL PILAR

DIAGO DIAGO, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, ALBERT FONT I SEGURA,
CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
MÓNICA HERRRANZ BALLESTEROS, PILAR JIMÉNEZ BLANCO, RAÚL
LAFUENTE SÁNCHEZ, NURIA MARCHAL ESCALONA, JAVIER MASEDA
RODRÍGUEZ, ANTONIO MERCHÁN MURILLO, GISELA MORENO CORDERO,
ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, MILAGROS OROZCO HERMOSO,
JORGE PEDEMONTA MARINO, LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, M^a
ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ,
MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ, MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO, MARÍA
ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ, MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Jurisprudencia internacional y europea.....	509
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	509
Tribunal de Justicia Unión Europea.....	511
Jurisprudencia española.....	559
Adopción.....	559
Alimentos.....	566
Arbitraje.....	571
Competencia judicial internacional	579
Compraventa internacional.....	585
Contratos.....	585
Derecho del trabajo.....	585
Derecho marítimo.....	586
Divorcio y separación.....	589
Documento extranjero.....	590
Extranjería.....	590
Filiación.....	591
Franquicia.....	599
Incapaces mayores.....	599
Inmunidad de jurisdicción y de ejecución.....	601
Insolvencia.....	601
Matrimonio.....	605
Menores.....	606
Nacionalidad.....	615
Obligaciones extracontractuales.....	620
Proceso.....	623
Propiedad intelectual e industrial.....	625
Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras	626
Reenvío.....	631
Relaciones entre cónyuges y régimen económico matrimonial.....	637
Responsabilidad.....	638
Responsabilidad parental.....	638

Sociedades.....	640
Sucesiones.....	641
Transporte.....	642

Crónica de Derecho interterritorial

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

ALBERT FONT I SEGURA

Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa	643
Relación de decisiones	650

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Matrimonio y uniones equivalentes al matrimonio, crisis de pareja, medidas respecto a los hijos y regímenes económicos	653
Relación de decisiones	662

ALBERT FONT I SEGURA

Discapacidad	668
Relación de decisiones.....	669

ALBERT FONT I SEGURA

Obligaciones y derechos reales	670
Relación de decisiones.....	677

ALBERT FONT I SEGURA

Sucesiones	682
Relación de decisiones.....	687

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Vecindad civil	692
Relación de decisiones.....	694

Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO

Contratos.....	699
Derechos reales.....	699
Divorcio.....	701
Documento extranjero.....	703
Poderes de representación.....	706
Régimen económico matrimonial.....	708
Sociedades.....	715
Sucesiones.....	717

Foros internacionales

<i>Unión Europea</i>	729
<i>Cámara de Comercio Internacional</i>	742
<i>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones</i>	747
<i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional</i>	750
<i>Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i>	754
<i>Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)</i>	759
<i>UNIDROIT</i>	763

Materiales de la práctica

Selección de ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

Unión Europea.....	767
España.....	777
Consejo de Estado.....	777

Consejo General del Poder Judicial.....	786
Defensor del Pueblo.....	791
Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia.....	800
Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.....	804
Fiscalía General del Estado.....	811

Bibliografía

ARENAS GARCÍA, Rafael, <i>Casos básicos de Derecho internacional privado</i> , Barcelona, Atelier, 2023	817
BALLESTEROS BARROS, Ángel María, <i>Ensayo de Derecho internacional privado de sociedades</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	817
CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, <i>Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE</i> , Barcelona, Bosch, 2023	817
CALZADO LLAMAS, Antonio Jesús, <i>La sustracción internacional de menores. El Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	817
CASTELLANOS RUIZ, Esperanza y ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, <i>La vecindad civil y la aplicación del Derecho foral a los extranjeros</i> , Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023	818
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., <i>Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Derecho Digital</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023	818
ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, <i>Cuaderno de trabajo de Derecho Internacional Privado</i> , A Coruña, Colex, 2023	818
FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, <i>Derecho contractual y mercado interior europeo</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	819
FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coordinadora), <i>Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la Unión Europea</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022	819
FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, <i>Derecho de la Unión Europea y cambio climático</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2023 (E. LINARES RODRÍGUEZ)	819
FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coordinadora), <i>El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización. III Foro europeo de Derecho internacional privado</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	820
FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana, <i>Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 sobre el patrimonio de la parejas internacionales y su aplicación en España</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2023	824
FONT I SEGURA, A., FONTANELLAS MORELL, J.M., GARDEÑES SANTIAGO, M. y GARRIGA SUAÚ, G. (coords.), <i>Lliçons de Dret Internacional Privat</i> , Barcelona, Atelier 2023	825
GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina y AÑOEROS TERRADAS, Beatriz, <i>Introducción al Derecho internacional privado</i> , Barcelona, Atelier, 2023	825

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José y GONZÁLEZ HERRERA, Daniel, <i>Desafíos jurídicos en la gestión internacional y Europea de los flujos migratorios</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2023	825
<i>Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2023	826
ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, <i>Los reglamentos europeos en Derecho de Familia. Crisis matrimoniales internacionales, compensación económica por separación o divorcio, uniones de hecho y Derecho internacional privado</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	826
ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, <i>Transferencias internacionales de datos de carácter personal y el nuevo marco de privacidad de datos UE-EE.UU.</i> , A Coruña, Colex, 2023	827
ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, <i>Reclamación judicial de deudas internacionales dentro de la Unión Europea</i> , A Coruña, Colex, 2023	827
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (director) y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys, <i>Teletrabajo y Derecho internacional privado. Problemas y soluciones</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	828
PACHECO DOS SANTOS, Karine, <i>La resolución por incumplimiento según la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías</i> , Barcelona, J.M. Bosch, 2023	828
PIGRAU SOLÉ, Antoni, <i>Litigación en materia de empresas y derechos humanos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2023	
ROMERO MATUTE, Yeray, <i>El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito internacional. Análisis desde una perspectiva amateur y profesional</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	829
SIERRA NOGUERO, Eliseo., <i>La compensación económica de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (N. MARCHAL ESCALONA)	830
SUCIU GAVRILOAIE, Dorina C., <i>El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	832
TORRECILLAS LÓPEZ, Segismundo, <i>Contratos mercantiles. Contratación internacional</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023	832

Estudios

Recibido: 23 octubre 2023

Aceptado: 30 octubre 2023

Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en los registros mercantil y de la propiedad*

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Especialidad del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento registral. III. Objeto y alcance de la prueba del Derecho extranjero. IV. Medios de prueba del Derecho extranjero. 1. Numerus apertus. 2. Medios de prueba documentales. 3. Medios de prueba periciales. 4. Mecanismos de cooperación judicial internacional en la prueba del Derecho extranjero. 5. Conocimiento de oficio por el registrador. V. Falta de prueba del Derecho extranjero. VI. Imposibilidad de aplicación del Derecho extranjero: 1. Imposibilidad material. 2. Imposibilidad axiológica: orden público.

RESUMEN: El presente estudio se centra en la aplicación del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, extensible al Registro Mercantil. En el ámbito del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, la aplicación del Derecho extranjero se precisa en relación con el reconocimiento de la fuerza registral de los documentos otorgados en el extranjero, así como los otorgados ante notario español que afecten a situaciones privadas internacionales. Para que dichos documentos puedan constituir título para practicar la inscripción, sufren un control de la ley aplicada a la capacidad de obrar, a la forma y a las condiciones de validez del acto. La DGRN y, posteriormente, la DGSJyFP han ido elaborando toda una interpretación y construcción de los principios y reglas que rigen la alegación y prueba del Derecho extranjero en estos procedimientos registrales, cuyo análisis es el objeto del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: APLICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO – DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO – PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO – DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

ABSTRACT: This study focuses on the application of foreign law in the procedure for registration in the Land Register, which can also be extended to the Commercial Register. In the area of the Land Register and the Commercial Register, the application of foreign law is required in relation to the recognition of the registry force of documents executed abroad, as well as those executed before a Spanish notary that affect international private situations. In order for these documents to constitute a title for registration, they are subject to a control of the law applied to the capacity to act, the form and the conditions of validity of the act. The DGRN and, subsequently, the DGSJyFP have

* Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i "PID2020-113165GB-I00", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

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

developed a whole interpretation and construction of the principles and rules governing the allegation and proof of foreign law in these registration procedures, the analysis of which is the subject of this article.

KEYWORDS: EXTRA-JUDICIAL APPLICATION OF FOREIGN LAW – FOREIGN PUBLIC DOCUMENT – PROOF OF FOREIGN LAW – FOREIGN LAW IN THE REGISTRATION PROCEDURE – FOREIGN LAW IN THE REGISTRATION PROCEDURE.

I. INTRODUCCIÓN

1. *El art. 12.6º. Cc* ha tenido presente la eventualidad de que el Derecho extranjero deba ser aplicado extrajudicialmente. Así, dispone en su párrafo primero que la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español corresponde tanto a los tribunales como a las “autoridades”. En consecuencia, aunque notarios y registradores deben aplicar de oficio las normas de conflicto del sistema español, no están obligados a conocer el Derecho sustantivo extranjero a que tales normas remiten.¹

Una primera precisión se impone a la hora de determinar qué se entiende por aplicación extrajudicial del Derecho extranjero. Dentro de esta noción, se incluye la aplicación del Derecho extranjero por parte de autoridades públicas que carecen de poder jurisdiccional, tales como notarios, registradores, cónsules o diplomáticos, pero también se refiere a la aplicación del Derecho extranjero por parte de los órganos que sí ejercen la función jurisdiccional, cuando no actúan en ejercicio de dicho poder, sino en funciones diversas.

2. Entre las autoridades mencionadas en el *art. 12.6º. Cc*, el juez encargado del Registro Civil procede habitualmente a aplicar el Derecho extranjero, al igual que los funcionarios encargados del Registro Consular, en materias tales como el nombre y los apellidos, el matrimonio o la filiación. La aplicación del Derecho extranjero por el encargado del Registro Civil presenta un factor diferencial respecto a su aplicación por las autoridades judiciales, toda vez que es posible que el conocimiento por el encargado del Derecho extranjero o, en su defecto, por un notario español, sea suficiente para determinar la adecuación de un hecho o de un documento al Derecho extranjero en cuestión (*art. 91 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC*). Solo si el encargado del Registro desconoce el contenido del Derecho extranjero, o no se opta por aportar testimonio de un notario español que lo conozca, habrá de acudir a la acreditación a través del testimonio de las

¹ *V.gr.*, resoluciones DGSJyFP 2 de febrero y de 11 de mayo de 2022.

autoridades consulares extranjeras en España o del cónsul español en dicho país.

En consonancia con el régimen establecido por la práctica de la DGRN, el *art. 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC)* ha confirmado la flexibilidad de los medios de prueba del Derecho extranjero referidos en la legislación anterior, pudiendo recurrirse, entre otros, a la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de un cónsul, diplomático o autoridad competente del país en cuestión, si bien el encargado del Registro civil siempre puede anteponer su conocimiento privado del Derecho extranjero. Al igual que ocurre en el ámbito del Registro de la Propiedad, el *art. 100.2º* de la LRC de 2011 establece la denegación de la inscripción si el Derecho extranjero no resulta debidamente acreditado.

3. La aplicación del Derecho extranjero puede llevarse a cabo, igualmente, por el notario, cuando otorga escritura pública que afecta a personas de distinta nacionalidad o se califican actos celebrados en el extranjero, supuestos donde se suscitan la aplicación de la ley nacional sobre capacidad (*art. 9.1º* Cc), o de la ley del lugar de celebración a la forma (*art. 11* Cc), o deben tenerse en cuenta las leyes extranjeras que rigen la validez de un acto o contrato, cuestiones sucesorias y de régimen económico matrimonial, etc. A tal efecto, el *art. 168 Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (RN)* confirma la posibilidad de que el notario, a diferencia de lo que acontece en el ámbito judicial, pueda aplicar la ley extranjera que rige la capacidad del otorgante basándose en su conocimiento propio; solo si el notario desconoce el contenido de la ley extranjera, este se acreditará por certificación del cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España; si la escritura se otorga ante agentes diplomáticos o funcionarios consulares españoles en el extranjero, la ley personal del extranjero que no sea nacional del Estado en que dichos agentes se hallan acreditados, se probará mediante certificación expedida por el cónsul o diplomático del país a que el extranjero pertenezca (*art. 15 del Anexo al RN*).² Finalmente, conviene tener en cuenta, a su vez, que el notario es fedatario asimismo del Derecho extranjero frente a otras autoridades: *arts. 36 del Reglamento Hipotecario (RH)*, *arts. 9 y 74 del*

² El *art. 168 RN* en su redacción por Real Decreto 45/2007, de 19 de marzo, incluía un último apartado, según el cual “cuando en la redacción de alguna escritura el Notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al *art. 145* de este Reglamento”. Esta disposición fue anulada por la STS CA 6ª 20 de mayo de 2008, habida cuenta de que implicaba la denegación de la función notarial sobre la base de un control de legalidad no previsto en la Ley y que iba más allá del contenido de la función notarial.

Reglamento del Registro Mercantil (*RRM*) y art. 91 del Reglamento del Registro Civil (*RRC*), si bien el *art. 255* del *RN* solo prevé los testimonios de leyes españolas con eficacia en el extranjero.

4. El presente estudio se centra en la aplicación del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, extensible al Registro Mercantil (*art. 80 RRM*). En el ámbito del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, la aplicación del Derecho extranjero se precisa en relación con el reconocimiento de la fuerza registral de los documentos otorgados en el extranjero, así como los otorgados ante notario español que afecten a situaciones privadas internacionales. Para que dichos documentos puedan constituir título para practicar la inscripción, sufren un control de la ley aplicada a la capacidad de obrar, a la forma y a las condiciones de validez del acto. La DGRN y, posteriormente, la DGSJyFP han ido elaborando toda una interpretación y construcción de los principios y reglas que rigen la alegación y prueba del Derecho extranjero en estos procedimientos registrales, cuyo análisis es el objeto de los siguientes epígrafes.

II. ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

5. El principio fundamental que explica las reglas de alegación y prueba del Derecho extranjero en los procedimientos registrales es el principio de especialidad en relación con el régimen propio de la aplicación judicial del Derecho extranjero. Las reglas decantadas por nuestra jurisprudencia respecto de la aplicación judicial del Derecho extranjero solo resultan aplicables de forma subsidiaria o residual, es decir, cuando no se hayan establecido criterios específicos para la aplicación extrajudicial o registral. Como se lee en múltiples resoluciones de la DGRN y de la DGSJyFP,

“la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución”.³

³ *Vid.*, por ejemplo, resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 28 de octubre de 2015, 15 de febrero de 2016, 3 de mayo de 2016 y 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJFP 28 de julio de 2020 y de 10 de febrero de 2021.

6. Este régimen especial se encuentra en el Derecho autónomo y no cuenta con una incidencia relevante de textos convencionales o europeos, más allá de los mecanismos de cooperación para la información del Derecho extranjero⁴. Tradicionalmente, la doctrina de la DGRN se amparaba en el desarrollo de lo previsto en el art. 36 RH, según el cual:

“Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”.

Tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), se planteaba en qué medida las normas sobre aplicación del Derecho extranjero contenidas en dicha Ley afectaban o sustituían lo dispuesto en el art. 36 RH. La DGRN invocó convenientemente el principio de especialidad, contenido en el propio art. 2 b) de la LCJIMC, para mantener la plena vigencia del art. 36 RH y, en consecuencia, su doctrina acerca de su interpretación y alcance⁵.

⁴ Así lo ha advertido a menudo la propia DGSJyFP: *“En relación con la prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto...”* (ad ex. Res. DGRN de 7 de noviembre de 2019; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020). No obstante, no olvida el centro directivo que *“la aplicación del art. 36 del Reglamento Hipotecario debe ponerse en relación con la aplicación en España de distintos medios basados en convenios internacionales convencionales que permite al tribunal con las necesarias adaptaciones al registrador, si versare sobre materia inscribible, acreditar el Derecho extranjero. Cabe citar la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. –Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987–, el Convenio europeo sobre de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. –Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973– y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como, República Checa, Bulgaria, Brasil, Marruecos, Méjico o China–”* (Res. DGSJyFP 10 de febrero de 2021).

⁵ Ad ex. resoluciones DGRN 28 de octubre de 2015, 15 de febrero de 2016, 3 de agosto de 2016 y 7 de noviembre de 2019: *“Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 del Reglamento*

III. OBJETO Y ALCANCE DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

7. Sin perjuicio del principio de especialidad, la doctrina reciente de la DGSJyFP, reiterada en recientes resoluciones⁶ se ampara, por analogía, en los requisitos de prueba judicial del Derecho extranjero requeridos para el proceso judicial por el *art. 281.2º LEC*⁷, de forma que quede debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero, sin que sea suficiente la aportación descontextualizada de textos legales ni baste la cita aislada de textos legales extranjeros, sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.⁸ Así, la Resolución DGRN 17 de mayo de

Hipotecario. Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria –disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio–, en cuanto sea compatible con lo dispuesto en esta ley”. Más recientemente: Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

⁶ V.gr., resoluciones DGRN 23 de julio 2015, 17 de mayo de 2017, 5 de marzo de 2018, 23 de marzo de 2018, 19 de junio de 2018, 10 de septiembre de 2019, 6 de noviembre de 2019 y 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP de 6 de julio de 2020, 28 de julio de 2020 y de 10 de febrero de 2021.

⁷ La doctrina referida se resume en la STS 9 de diciembre de 1935, al decir que “*tiene declarado esta Sala más de una vez que para aplicar el Derecho extranjero por los tribunales españoles es necesario que quien lo invoque acredite en juicio: primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación en el caso litigioso.*”.. Añade más recientemente la STS 6ª 9 de mayo de 1988 que dicha prueba debe efectuarse, sin bastar “*la mera cita aislada de preceptos concretos, ni siquiera hecha por la parte recurrente, sino de manera plena, aportándose incluso los criterios interpretativos sentados por los tribunales del Estado correspondiente*”. Se trata de una doctrina firmemente sentada por el TS, aunque peca de excesiva rigidez. Un supuesto de esta doctrina jurisprudencial, calificado como extremo por E. Pecourt García (“Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto”, *RGD*, vol. XVIII, 1962, pp. 783 y ss. y 894 y ss.), viene dado por la STS 30 de junio de 1962, que exigió la prueba de la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana sobre el régimen económico matrimonial, incluyendo la jurisprudencia al respecto de los tribunales italianos, de forma que el Tribunal español fuese capaz de observar el Derecho sustancial extranjero “como si fuera juez en el Estado extranjero”. Dicha jurisprudencia, confirmada palmariamente por otras decisiones, como las STS 5 de noviembre de 1971 y STS 3 de febrero de 1975, revelan que lo que interesa es la prueba del Derecho extranjero vivo, no tanto de las normas jurídicas extranjeras que regulan una determinada relación jurídica, como de las sanciones que en dicho sistema jurídico se dan a las relaciones jurídicas, al aplicar sus tribunales sus propias normas las (sentencias del TS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). Es preciso convenir, sin embargo, en que el criterio resulta desorbitado, si la cuestión jurídica se formula con cierta sencillez.

⁸ V.gr., resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 26 de junio de 2012, 14 de noviembre de 2012, 3 de febrero de 2014, 20 de julio de 2015. 23 de julio

2017 debía determinar la debida acreditación de la privatividad de un bien adquirido de conformidad con el Derecho ucraniano, y estimó que no resultaba suficiente a este respecto *la mera “traducción de parte de los artículos del Código Civil ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación”*.

La exigencia debe ser matizada. El alcance y la profundidad de la prueba del Derecho extranjero dependerán del caso concreto, pues, como señalan, por ejemplo, las resoluciones DGRN de 26 de junio de 2012 o de 20 de julio de 2015, *“hay supuestos en que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa”*, de forma que *“[s]ólo en la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero y el registrador, en los fundamentos de Derecho de su calificación, considerase que su aplicación directa no permite tener por reunidos los requisitos precisos para practicar la inscripción, podrá solicitar la prueba adicional de la que resulten aquellos”*.

8. En todo caso, el rigor con que el centro directivo suele requerir una prueba suficiente del Derecho extranjero⁹ se atenúa hasta la desaparición en el supuesto concreto de la prueba del Derecho notarial extranjero que permita establecer la regla de equivalencia en el caso de los poderes de representación voluntaria. La doctrina de la DGRN sobre esta cuestión experimentó una modificación sustancial a raíz de la Resolución de 17 de abril de 2017¹⁰, que mediante un sofisma vino a dejar prácticamente sin contenido la necesidad de equivalencia de los poderes de representación otorgados en el extranjero, a través de la simple afirmación de que el juicio notarial de suficiencia de los poderes de representación implica el juicio positivo de equivalencia. Sin entrar en el fondo de esta cuestión, cabe señalar que una de las diferencias esenciales entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia de los poderes tiene que ver con el régimen legal o ley aplicable en cada uno de los juicios. El juicio de suficiencia se rige, en todo caso, por la ley española. Ello se refiere tanto a las condiciones de fondo del fenómeno representativo (*ex art. 10.11º. Cc*), como a la aplicación de las

de 2015, 28 de octubre de 2015, 3 de mayo de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP de 6 de marzo de 2020, 28 de julio de 2020; 7 de agosto de 2020 y 10 de febrero de 2021.

⁹ Lo que ha sido objeto de críticas, hasta el punto de calificar la situación de exigencia a los notarios de una “prueba diabólica” (*cf.* A. Fernández-Tresguerres García, “Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio de la cooperación judicial internacional en materia civil” (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 686–691).

¹⁰ BOE 28.4.2017. Seguida en las resoluciones posteriores: *ad ex.* resoluciones de 18 de diciembre de 2018 (BOE 28.1.2019), 6 de marzo de 2020 (BOE 6.7.2020), 4 de junio de 2020 (BOE 20.6.2020), 19 de noviembre de 2020 (BOE 7.12. 2020) y 24 de mayo de 2021 (BOE 10.6.2020).

normas que rigen en España la función notarial y registral (art. 58 de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil), y en particular por lo dispuesto en el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad¹¹. Las reglas citadas, extraídas de la ley española, rigen el juicio de suficiencia, pero no se aplican al juicio de equivalencia, que tiene sus exigencias propias derivadas, no de lo previsto en el art. 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sino de las condiciones de validez del acto representativo sujeto a una forma imperativa por la ley española (arts. 10.11º y 11 Cc). En suma, el juicio de equivalencia implica en todo caso, a diferencia del juicio de suficiencia, la aplicación de la ley extranjera. En efecto, como tiene señalado la propia DGRN en reiterada doctrina, recogida asimismo en las resoluciones de 23 de febrero de 2015, 29 de julio de 2015, 14 de septiembre de 2016, 7 de septiembre de 2018, 4 de junio de 2020 y 19 de noviembre de 2020, entre otras, el juicio de equivalencia implica en particular comprobar que, conforme a la ley extranjera del notario interviniente, el poder se ha otorgado en documento público por una autoridad pública investida de fe pública, que ha existido un juicio de identidad y capacidad de los otorgantes, inmediatez en el otorgamiento del acto¹² y, en general, una intervención “equivalente” a la de un notario español¹³. A pesar de ello, la DGSJyFP exonera al notario de que haga siquiera mención del contenido del Derecho extranjero que permite concluir en dicha equivalencia, sobre la simple base de que su juicio de suficiencia conlleva el juicio previo de equivalencia.

9. En sentido contrario, en otros casos el centro directivo ha exigido, bajo la inaplicación al Derecho extranjero del principio *iura novit curia* y el principio de necesidad de prueba, la acreditación del Derecho extranjero en

¹¹ BOE 19.11.2005.

¹² La inmediatez es consustancial al control de capacidad de los comparecientes. La declaración de voluntad debe hacerse en presencia del notario, pues es en ese momento en el que el notario debe apreciar la capacidad del declarante para el acto documentado.

¹³ La DGRN y la DGSJyFP, aunque solo para la equivalencia de documentos inscribibles, ha incidido en la necesidad de que la equivalencia comporte un análisis de la función de control de legalidad realizada por el notario, de forma que dicha equivalencia queda descartada si el notario no tiene conocimientos legales o carece de capacidad para hacer advertencias y tachas legales a las partes. En el caso de los poderes de representación, la exigencia de documento público como condición de eficacia en el sistema español no puede abstraerse del propio alcance del mandato, de forma que es particularmente relevante que el notario pueda hacer advertencia al poderdante en especial de las consecuencias y el alcance del poder que confiere al apoderado a través de dicho acto.

supuestos en que procedía la consideración de oficio por el notario y el registrador de tal Derecho. El ejemplo puede encontrarse en la Res. DGRN de 14 de marzo de 2014. Se suscitaba, básicamente, el rechazo por el Registrador Mercantil de la inscripción de una escritura pública de traslado a España del domicilio de una sociedad con sede en Gibraltar. La cuestión controvertida giraba en torno a la exigencia por el Registrador de informe de experto independiente acreditando que su patrimonio neto cubre la cifra de capital social, de conformidad con el art. 94.1º de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. El recurrente estimó que no resulta procedente al tratarse de una sociedad establecida en el Espacio Económico Europeo, exceptuada de dicho requisito conforme al mismo precepto. La DGRN confirmó la calificación registral sobre la base, en primer lugar, de que no se había acreditado por la recurrente la aplicación a Gibraltar del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que el art. 355.3º hace depender dicha aplicación territorial del hecho de que las relaciones exteriores de Gibraltar dependan del Reino Unido, circunstancia que no ha sido probada; y, en segundo lugar, que un Protocolo de Adhesión de 1993 citado, que sustentaría la pertenencia de Gibraltar al Espacio Económico Europeo, no se ha acreditado ni tiene por qué constar al Registrador. A la hora de determinar el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en consecuencia, sus normas sobre establecimiento de sociedades, el art. 355.3º utiliza el criterio referido a la sujeción del territorio a la política exterior de un Estado Miembro. Es cierto que, *stricto sensu*, es el Derecho público británico y el propio Derecho de Gibraltar el que determina la sujeción de la política exterior de Gibraltar al Gobierno británico. Sin embargo, el art. 355.3º TFUE no es una norma de conflicto, sino una norma de Derecho europeo primario que debe ser aplicada e integrada de oficio por las autoridades españolas, incluso si el hecho determinante de su aplicación implica el conocimiento del Derecho extranjero. Por otra parte, la aplicación del TFUE y de las normas sobre establecimiento de sociedades a Gibraltar es un hecho relativamente notorio, confirmado por sentencias del TJUE como la de 23 de abril de 2013, en el Asunto C-212/11 (*Jyske Bank Gibraltar Ltd/ Administración del Estado*). En consecuencia, es recomendable que los registradores comprueben de oficio el Derecho extranjero cuando, como es el caso, su consideración determina la aplicación de normas europeas, particularmente de carácter primario u originario, así como de normas nacionales que pueden resultar contrarias al Derecho “constitucional” europeo e implicar la responsabilidad del Estado español cuando son inaplicadas, por restringir indebidamente las libertades de circulación europeas.

IV. MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Numerus apertus

10. La doctrina de la DGSJyFP es constante y unánime a la hora de significar el carácter meramente ejemplificativo de los medios de prueba reseñados en el art. 36 del RH. Por una parte, se suele hacer referencia en las resoluciones a los medios referidos en dicho precepto:

*“Respecto a la forma en que estos extremos han de ser probados, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en interpretación de los arts. 36 del Reglamento Hipotecario y 168.4 del Reglamento Notarial. Se exige informe consular o diplomático con las correspondientes formalidades según su procedencia –si fuera posible su obtención– o bien la construcción documental de la prueba por el notario, con el alcance en cada caso exigible (siendo reiterado por este Centro Directivo el necesario conocimiento que deben tener notarios y registradores de las herramientas que facilita la Comisión europea, si se trate de Derecho material europeo, cuando proceda). El notario deberá realizar el correspondiente juicio al respecto”.*¹⁴

La DGSJyFP, al interpretar el art. 36 RH, indica, por una parte, que su ámbito de aplicación va más allá de la prueba de “las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto”, pues, como señala ya la Resolución DGRN de 1 de marzo de 2005, “*resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable*”.¹⁵ En contrapartida, se interpreta de forma inequívoca que “*la enumeración expuesta no contiene un “numerus clausus” de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados*”¹⁶.

Procede, pues, abordar qué medios de prueba, además de los mencionados en el art. 36 RH, suelen aceptarse o emplearse para la prueba del Derecho extranjero en el procedimiento registral.

¹⁴ *V.gr.*, resoluciones DGRN 3 de febrero de 2014 y de 15 de febrero de 2016; Res. DGSJyFP de 5 de septiembre de 2022.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, resoluciones DGRN 23 de marzo de 2018; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

¹⁶ *Vid.* resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 26 de junio de 2012, 3 de febrero de 2014, 23 de julio de 2015, 15 de febrero de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

2. Medios de prueba documentales

11. El art. 36 RH hace referencia, por un lado, a los documentos o certificados emitidos por las autoridades consulares o diplomáticas españolas, como ha recordado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria nº 16/2014, de 7 de enero, así como los expedidos por cónsules, diplomáticos o “funcionario competente” del país cuyo Derecho debe ser probado.

12. En segundo término, el art. 36 del RH prevé que un notario español está autorizado para informar sobre el contenido del Derecho extranjero¹⁷. Con mayor motivo debe estarlo un notario del país cuyo Derecho debe ser probado, al que podría considerarse “funcionario competente”, siempre que tenga funciones equivalentes a las de un notario español. Así lo reconoce, por ejemplo, la Res. DGSJyFP de 13 de mayo de 2022, al señalar 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”*. Sobre esta base, la Res. DGRN de 14 de marzo de 2019¹⁸ consideró suficiente que el notario español autorizante hubiese dado por buena la prueba del Derecho sucesorio sueco sobre la base del informe de un notario sueco. La afirmación no es criticable, salvo que hubiese sido preciso establecer si el informe de un *notarius publicus* sueco es equivalente al informe de un notario español o, por el contrario, debe considerarse como un informe pericial de naturaleza privada, lo que altera la fuerza probatoria del documento, como veremos en el epígrafe siguiente.

13. A los medios documentales tradicionales se suman algunos recursos electrónicos. La DGSJyFP es especialmente insistente en la importancia de

¹⁷ Vid. in extenso J. C. Fernández Rozas: “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996, pp. 195–207.

¹⁸ “6. El segundo defecto, ligado al anterior, consiste en que, a juicio de la registradora, no se ha probado el Derecho sueco. Realmente hubiera sido deseable, en correcta técnica, que el notario autorizante realizara un juicio expreso en el cuerpo de la escritura, sobre la prueba de la ley aplicable a la sucesión. No obstante, de la lectura del documento resulta que da por probado el mismo por referencia al juicio de ley de notario sueco que acompaña a la copia autorizada formulado directamente en español y apostillado. Es sabido que el art. 36 del Reglamento Hipotecario tiene el carácter de norma especial en materia de cooperación jurídica civil y mercantil (disposición adicional primera de la Ley 29/2015) como todas las reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en aquella ley. Por ello nada impide que el notario español haya formado su convicción aceptando un documento notarial extranjero que expresa un juicio sobre la prueba del Derecho y las leyes sucesorias suecas. Sin que quepa olvidar, como ha reiterado este Centro Directivo que, tratándose del Derecho sucesorio de un Estado miembro y existiendo instrumentos suficientes para la prueba del mismo, es de sencilla comprobación si fuera puesta en duda. Por lo que el defecto no puede ser mantenido”.

que notarios y registradores se sirvan de las herramientas electrónicas, particularmente para el conocimiento de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Como señala la Res. DGSJyFP de 10 de febrero de 2021:

*“8. Es preciso recordar tanto a notarios como a registradores la aplicación actualmente del Derecho europeo como parte del ordenamiento jurídico español y singularmente de los Reglamentos de la Unión en las materias propias de su competencia. El presente supuesto es ejemplo de la utilidad que supuso para los ciudadanos europeos la entrada en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012 y la simplificación con él de los procedimientos internacionales. En todo caso, la existencia de herramientas como el Portal oficial europeo e-justicia, administrado por la Comisión europea, sin duda ayuda al conocimiento de los derechos materiales de los demás Estados miembros, como en este caso, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (Art. 36, relativo a la información del derecho extranjero), sino a los medios que proporciona, en el ámbito de la Unión Europea las herramientas informativas mencionadas”.*¹⁹

Muchas otras resoluciones²⁰ advierten a notarios y registradores de la necesidad de familiarizarse con tales herramientas para poder avanzar en el conocimiento de los sistemas jurídicos de la Unión Europea:

*“[E]ste Centro Directivo ha recordado reiteradamente (...) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros Estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley puedan emitir informes relativos al derecho extranjero, como que los registradores, puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción europea. En este sentido, no cabe desconocer, por ejemplo, con el valor de herramienta informativa, el portal <https://e-justice.europa.eu>, gestionado por la Comisión Europea”*²¹.

¹⁹ Vid. también, por ejemplo, Res. DGSJFP 28 de julio de 2020.

²⁰ V.gr., resoluciones DGRN 15 de febrero de 2016, 22 de julio de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017, 7 de septiembre y 18 de diciembre de 2018 y 7 de noviembre de 2019: resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 28 de septiembre de 2020 y 11 de mayo de 2022.

²¹ Sobre herramientas como las redes ELNR y ELRA, vid. M. T. Touriñán Morandeira, “Art. 35”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, València, Tirant-lo-blanch, 207, pp. 421-422.

En todo caso, como reconoce la propia Resolución DGSJyFP de 13 de mayo de 2022, sería muy cándido pensar que con los instrumentos europeos referidos se pueden resolver la mayoría de las cuestiones de prueba del Derecho extranjero que aparecen en el procedimiento registral.²²

3. Medios de prueba periciales

14. En contraste con el valor probatorio de las certificaciones diplomáticas, notariales o emitidas por una autoridad pública, cualquier otro certificado o informe pericial de Derecho extranjero que no provenga de una autoridad pública extranjera, sino de un jurista, abogado, profesor o experto, se considera como un informe “privado” que no produce prueba plena, sino que está sujeto a “valoración de su admisión”. Así, en el supuesto resuelto por la Res. DGSJyFP 13 de mayo de 2022, la prueba documental presentada consistía en un informe realizado 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”*.²³ La misma apreciación compete, en primer término, al notario al que se le presenta un informe privado del Derecho extranjero; en este sentido, indica la Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021, respecto de un informe firmado por abogado eslovaco, asumido por el notario autorizante, *“que hará el correspondiente juicio de ley con base en su convencimiento por la prueba practicada”*.²⁴

²² “3. Es doctrina de esta Dirección General, con relación a la prueba de la legislación extranjera alegada, que ni el registrador ni el notario están obligados a conocer, con el detalle requerido en el ejercicio de sus funciones, la ley extranjera. Por lo que, si bien es cierto que en el ámbito del Derecho europeo las webs de la Comisión europea (como referente el Portal europeo de e-justicia <https://e-justice.europa.eu/home?plang=es&action=home>) son útiles herramientas que permiten un acercamiento a ciertas áreas de Derecho material europeo relevantes, en concretos instrumentos – como es el Reglamento (UE) n.º 650/2012 o los reglamentos (UE) 2016/1103 o 2016/1104–, la normativa y la interpretación nacional de ésta, en temas de la complejidad del que aquí se detalla, deben ser adecuadamente probados, en el ámbito notarial y registral, en los términos del art. 36 del Reglamento Hipotecario”.

²³ En el mismo sentido, Res. DGRN 23 de marzo de 2018.

²⁴ La prevalencia de los certificados de las autoridades públicas, españolas o extranjeras, sobre los informes “privados” ha llevado en ocasiones a resultados poco deseables. Así, se ha aportado en ocasiones el informe erróneo del Cónsul General de España en Suecia acerca de la equivalencia de funciones del *notarius publicus* sueco, mientras que la DGSJyFP omitió los informes en sentido contrario emitidos por académicos tanto suecos como españoles (Resolución DGRN 18 de diciembre de 2018).

Más reticente aún se muestra el centro directivo respecto de los informes que emite la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores. En la Res. DGRN 18 de diciembre de 2018, en que se dilucidaba la equivalencia de funciones de los *notarius publicus* sueco. Como informe pericial, la DGRN niega fuerza probatoria plena a dichos informes y consultas, lo que es admisible. Sin embargo, su tenor muestra una mayor reserva o restricción de los medios tradicionales de prueba de los que puede hacer uso el registrador respecto de aquellos que están al alcance del notario. En la práctica, obliga al registrador a una labor costosa y escasamente razonable, tendente a aportar una prueba fehaciente del Derecho extranjero limitada, se supone, a la que pueda obtener a través de la autoridad de informes consulares o autoridades del país de origen o por vías institucionalizadas similares. En suma, la Resolución ata definitivamente las manos del registrador, en bien supuestamente de facilitar las transacciones internacionales y repercutir toda la calificación, y también toda la responsabilidad, en los notarios autorizantes:

“Por otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disenter de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo, sin que –como ocurre en el caso del presente recurso– baste la cita aislada de una ley sueca, y mucho menos la respuesta a una consulta formulada al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España (siendo cualquier actividad formativa o informativa colegial bienvenida en la necesaria especialización internacional de los notarios y registradores, carece de valor alguno a efectos de este expediente la aludida respuesta, a lo que debe añadirse que, al ser la calificación registral autónoma e independiente, carece dicho informe de efecto vinculante alguno). Y es que sobre este punto no puede prevalecer una interpretación de dicha ley realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la equivalencia de funciones de la notaria extranjera en la documentación de la denominada escritura de poder exhibida”.

4. Mecanismos de cooperación internacional en la prueba del Derecho extranjero

15. El auxilio judicial internacional entre autoridades no judiciales goza de un tratamiento convencional muy notable, fundamentado en varios motivos: en primer término, gran parte de los textos convencionales dedicados a la asistencia judicial internacional son aplicables por extensión o indirectamente a la cooperación entre autoridades no judiciales. En

segundo lugar, existen una serie de convenios internacionales tanto multilaterales como bilaterales, que, si bien en muchos casos no regulan específicamente la cooperación internacional de las autoridades extrajudiciales, contienen disposiciones tendentes a facilitar dicho auxilio, e incluso a eliminar la necesidad del mismo, en especial lo suscritos bajo el auspicio de la CIEC. Por último, en determinadas materias de tráfico externo existen textos institucionales y convencionales específicos que establecen sistemas de cooperación de autoridades, a menudo creadas o instituidas por los propios Tratados.

16. En el ámbito de la información del Derecho extranjero destaca, en primer término, el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, firmado en Londres el 7 de junio de 1968, al que se adhirió España en 1973. El Convenio establece un sistema de auxilio judicial y de colaboración internacional en materia de información del Derecho extranjero a través de un ágil mecanismo: cada país designa un único órgano de recepción, que es el encargado de recibir las peticiones de los países extranjeros que solicitan información sobre su sistema jurídico. Una vez obtenida la respuesta, esta se remite al correspondiente órgano de recepción del otro país, a través de los órganos de transmisión, que pueden ser varios o encomendarse su labor al propio órgano de recepción de cada Estado. El Estado requerido está obligado a responder salvo cuando sus intereses estuvieren afectados por el litigio con ocasión del cual hubiere sido formulada la petición, o cuando se estime que la respuesta pueda atentar a su soberanía o a su seguridad (art. 11). La respuesta, que deberá ser facilitada lo más rápidamente posible (art. 13), ha de estar basada en textos legales o en decisiones jurisprudenciales y, en determinadas ocasiones, será acompañada, además de los documentos complementarios que se consideren necesarios, de comentarios explicativos, etc. De esta forma, la autoridad judicial de un Estado puede obtener de otro Estado una respuesta concreta, imparcial y objetiva sobre la norma que pretenda conocer (art. 7)²⁵. La necesaria intermediación de una autoridad judicial en la solicitud de

²⁵ El Convenio de 1968 ha sido completado por un Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 cuya finalidad es ampliar el sistema de asistencia mutua internacional establecida por aquél. Este texto, del que también es parte España desde 1982, fija un deber de información para los Estados parte que no solamente afecta a un Derecho sustantivo o procesal, sino a su organización judicial en la esfera penal, con inclusión del Ministerio Público, y su legislación sobre la ejecución de las medidas penales. Dicha información podrá ser solicitada no solo por los tribunales, sino también por cualquier autoridad competente para instruir procedimiento o ejecutar sentencias firmes con efecto de cosa juzgada; el art. 2 no restringe la solicitud de asistencia al período posterior a la iniciación del procedimiento, sino que posibilita la demanda de información cuando se prevea la instrucción de dicho procedimiento.

información (art. 3.1^º) restringe la utilidad de este Convenio en el marco de la cooperación extrajudicial.

Al margen del Convenio del Consejo de Europa, en el marco de la Unión Europea la cooperación para obtener información acerca del Derecho extranjero se ha visto reforzada tras la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, por *Decisión del Consejo 2001/470/CE* de 28 de mayo de 2001. Esta institución ha de canalizar la información sobre el contenido del Derecho de los Estados miembros cuando resulten de aplicación las normas de Derecho aplicable europeas.

En este marco multilateral, destaca asimismo la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y del que son parte, además de España, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se trata de un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP II que establece un sistema de cooperación entre los Estados para acreditar el texto, vigencia, sentido y alcance legal de los respectivos Derechos, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido. El mecanismo puede actuarse directamente a través de las autoridades judiciales o a través de la autoridad central de cualquiera de los dos Estados y cabe su extensión a autoridades no judiciales (art. 4).

A estos instrumentos se unen algunas normas presentes en convenios bilaterales de cooperación jurídica.²⁶ Con todo, se trata de textos que

²⁶ Dentro de este contexto de cooperación y de extensión de las facilidades para el conocimiento del Derecho extranjero, debe tenerse en cuenta el Acuerdo hispano-mexicano de 1 de diciembre de 1984 para el intercambio de información sobre los respectivos ordenamientos jurídicos, que supone una nueva experiencia en la materia, aunque de limitado alcance, pues el propio texto convencional determina las áreas jurídicas objeto de la comunicación y, de no existir el correspondiente asesoramiento continuado, el intercambio de información se reduciría a un mero canje de publicaciones oficiales. Igualmente, debe tener presente el régimen bilateral de información jurídica previsto en el art. 10 del Convenio entre España y Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987; arts. 31 a 33 del Convenio entre España y Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil de 13 de abril de 1989; art. 25 del Convenio entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993 de asistencia judicial; arts. 5 y 13 del Convenio entre España y la URSS de 26 de octubre de 1990 sobre asistencia judicial en materia civil; art. 27 del Convenio entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987 de cooperación jurídica; art. 27 del Convenio entre España y China de 2 de mayo de 1992 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil; arts. 33 a 37 del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa; art. 17 del Convenio entre España y Tailandia de 15 de junio de 1998 de asistencia judicial en materia civil y mercantil; art. 26 del Convenio entre España y Túnez de 24 de septiembre de 2001 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales; art. 16 del Convenio entre España y la República Dominicana de 15 de septiembre de 2003 de asistencia judicial en materia civil y mercantil; art. 21 del Convenio entre España y Argelia de 24 de febrero de 2005 relativo a la asistencia judicial

regulan la asistencia estrictamente judicial, por lo que en el mejor de los casos los registradores y notarios solo pueden acceder a este mecanismo a través de una autoridad judicial, de la que siempre debe emanar la petición de datos (*ad ex*. Art. 3.1º Convenio de Londres), si bien el art. 3 Convención de Montevideo permite que los Estados parte extiendan este mecanismo a autoridades no judiciales.

17. Por el contrario, los arts. 34 a 36 LCJIMC han introducido un régimen común de asistencia judicial y extrajudicial internacional referida específicamente a la información del Derecho tanto extranjero como español, que podrá venir referida “al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante” (art. 34).

Conforme al art. 35 de la LCJIMC, las solicitudes de información de Derecho extranjero pueden ser cursadas por los órganos jurisdiccionales, notarios y registradores bien a través de comunicación directa, bien utilizando la intermediación de la autoridad central española (Ministerio de Justicia). En ese último caso, la autoridad central española remitirá la solicitud a la autoridad central extranjera, si existiera, y en otro caso utilizará el conducto consular o diplomático. La consulta puede contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante. Las solicitudes de información deberán especificar la autoridad requirente con mención de su dirección postal o electrónica, la naturaleza del asunto, una exposición detallada de los hechos que motivan la solicitud y los concretos elementos probatorios que se solicitan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida. Podrán unirse a la solicitud de información copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance. La parte solicitante deberá asumir, en su caso, los costes que se deriven de la solicitud.

Por su parte, el art. 36 LCJIMC regula, a través de un régimen muy similar al anterior, la prestación de asistencia judicial internacional a las autoridades extranjeras en orden a la información sobre Derecho español. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, corresponde a la autoridad central española la atención de estas solicitudes, si bien puede optar por responder directamente o por remitir la solicitud a organismos públicos o privados.

en el ámbito civil y mercantil; y art. 21 Convenio entre España y Mauritania de 12 de septiembre de 2006 relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil.

La Res. DGRN 19 de junio de 2018 invita a los registradores a utilizar los “*mecanismos para información de Derecho, que prevé la Ley 29/2015, de 30 de junio, sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, en sus arts. 33 a 35*”. Sin embargo, es una invitación poco realista. Estos mecanismos son costosos, lentos y, a la postre, no siempre eficientes, por lo que su utilización en el ámbito no jurisdiccional no se compadece ni con los intereses de las partes, que deben abonar los costes de traducción y tramitación, ni con el respeto a los plazos de calificación y a un funcionamiento razonable de los registros. Finalmente, el sistema acaba repercutiendo en los notarios, y finalmente en los registradores, la labor de indagación y conocimiento del Derecho extranjero. Al notario le basta con señalar que conoce el Derecho extranjero y el título o la escritura se compadece con él. Pero, al margen de supuestos más o menos recurrentes y claros, el registrador no puede oponer sus dudas ante la ausencia o débil acreditación del Derecho extranjero. En su calificación, debe hacer constar las razones por las que discrepa de la interpretación del Derecho extranjero por el notario, lo que implica una indagación activa del contenido del Derecho extranjero, que hoy por hoy no cuenta con herramientas institucionales adecuadas.

5. Conocimiento de oficio por el registrador

17. El propio art. 36 RH prevé que “[e]l Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”. Así lo subraya la doctrina constante del centro directivo, enfatizando el carácter meramente facultativo de esta solución²⁷, tanto para registradores como para notarios. Evidentemente, la prueba del Derecho extranjero no puede fundarse en el criterio o conocimiento de los comparecientes o declarantes, aunque en alguna ocasión el centro directivo ha parecido insinuarlo²⁸.

18. Esta facultad del registrador se materializa en dos supuestos. En primer lugar, puede servir para corregir la indeterminación del contenido del Derecho extranjero por parte de notario. El caso característico es el previsto en el art. 92 RH. En todo caso, el registrador puede hacer valer su conocimiento privado de la ley aplicable para inscribir un bien como privativo cuando es adquirido por uno de los cónyuges, si conoce que el régimen legal, por ejemplo, en el Reino Unido o en Alemania, implica la

²⁷ *Ad ex.* resoluciones DGRN 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero. 1 de marzo de 2005) y 23 de marzo de 2018; resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 10 de febrero de 2021 y 2 de febrero de 2022.

²⁸ Resolución de la DGRN 19 de octubre de 2018.

separación de bienes o la mera participación en las ganancias. También puede denegar la inscripción en el caso de una adquisición conjunta, si tiene conocimiento de que, conforme a la ley aplicable, rige un régimen de separación que exige especificar las cuotas respectivas en la adquisición²⁹. Así, en el recurso que dio lugar a la resolución DGSJyFP 2 de enero de 2022 pretendía inscribirse la compraventa de una finca por dos cónyuges de nacionalidad india de conformidad con su régimen legal de bienes, al amparo del art. 92 RH. La registradora estimó que en el Derecho indio no existe propiamente un régimen de bienes del matrimonio. Al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho inglés o en el Derecho islámico, cada cónyuge conserva la propiedad privativa de sus bienes adquiridos a cualquier título antes o constante el matrimonio, y los conservan sin limitaciones una vez disuelto, por lo que debe constar la proporción con que adquiere cada cónyuge. La DGSJyFP confirma la interpretación del Derecho indio por parte de la registradora. Señala que, de acuerdo al art. 159 RN, el notario puede estimar, a la luz de las declaraciones de los cónyuges, que no existen capitulaciones matrimoniales y proceder en consecuencia al otorgamiento de la escritura indicando la sujeción de los cónyuges al régimen legal de bienes de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que sí debe estar determinada por el notario, dada la obligación de aplicar las normas de conflicto del sistema español (art. 12.6º Cc).

En efecto, el art. 92 del RH da respuesta a la dificultad de averiguar el contenido del Derecho extranjero, a cuya acreditación no están obligados los notarios o registradores, difiriendo su determinación al momento de disposición del bien, cuya adquisición se inscribe genéricamente conforme al régimen de bienes de los cónyuges. No obstante, como también ha indicado la DGSJyFP en otras resoluciones:

“la aplicación del art. 92 RH no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Por ello, 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 este, 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 adquirientes del bien objeto de inscripción, conforme al art. 54 RH”. De esta forma, cuando el registrador constata que conforme a la ley aplicable existe un sistema de separación “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

²⁹ Resoluciones DGRN 31 de agosto de 2017, 7 de septiembre de 2018, 1 de marzo de 2019, de 10 de junio de 2020; resoluciones DGSJyFP 28 de septiembre de 2020, 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero de 2022.

*Directivo en reiteradas ocasiones, lo que lleva al necesario cumplimiento de lo dispuesto en el art. 54^o*³⁰

Contrasta este razonable criterio, que atiende al principio de la seguridad jurídica y la veracidad de las inscripciones, con las muchas dificultades que impone la doctrina de la DGSJyFP al conocimiento por el registrador de los elementos de juicio que llevan al notario a determinar la ley aplicable³¹. Basta, a tal efecto, con que el notario la haga constar, sin reflejar los elementos de hecho o de derecho que le llevan a tal conclusión. La ley aplicable condiciona y predetermina el régimen legal de los bienes matrimoniales, por lo que no tiene mucho sentido que el registrador pueda corregir al notario sobre el Derecho indio, pero no tenga elementos de juicio para determinar si el Derecho indio debe ser el efectivamente aplicado.

De forma lamentable, la SAP Málaga 4^a, n^o 28/2023, de 20 de enero de 2023, mediante una interpretación literal del art. 92, ha venido a desautorizar la posibilidad de que el registrador se pueda oponer a una inscripción basada en el art. 92 RH haciendo valer su conocimiento del concreto régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges. La decisión de la Audiencia revela un desconocimiento palmario del sentido del art. 92 del RH: el art. 92 RH introduce una facultad que opera si existe una falta prueba y desconocimiento del Derecho extranjero por el notario y el registrador (art. 36 RH); en realidad, introduce como excepción un déficit de seguridad jurídica en favor de la dinamización de la inscripción, difiriendo el momento de la determinación del contenido del Derecho extranjero al momento de la enajenación del bien. Si hay constancia del Derecho extranjero, la excepción al principio de necesidad de prueba del Derecho extranjero (art. 36 RH) y, por tanto, a la seguridad jurídica, carece de sentido. Es suma, procede mantener la doctrina de la DGSJyFP hacia un principio de interpretación restringida del alcance del art. 92 RH, siempre en relación con el art. 36 RH.

19. En segundo lugar, la facultad del registrador de hacer valer su conocimiento privado puede servir para contradecir la interpretación del contenido del Derecho extranjero que ha dado el notario. Como indica la doctrina registral, la calificación registral alcanza una nueva valoración de la prueba, de forma que, si no es aceptada la que consta en el documento notarial, deberá, razonadamente, formular en su calificación el correspondiente defecto que impida la inscripción.³² La trascendencia de

³⁰ *V.gr.*, Res. DGSJyFP 10 de junio de 2020.

³¹ *Vid.*, por ejemplo, la misma resolución DGRN de 7 de septiembre de 2018.

³² Resoluciones DGRN 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero de 2005, 1 de marzo de 2005, 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 26 de junio de 2012, 14 de noviembre de 2012, 3 de

este criterio es que el registrador no puede suspender la inscripción por el mero hecho de que considere insuficiente la prueba del Derecho extranjero o defectuosa su valoración por el notario, sino que está obligado a indagar sobre el Derecho extranjero para poner de manifiesto de forma convincente las deficiencias de la calificación por el notario. A título de ejemplo la Res. DGRN de 14 de noviembre de 2012 observa que la registradora no suplió dichas deficiencias con su conocimiento privado, ni tampoco suspendió la inscripción amparándose en dichas deficiencias, sino en una aplicación indebida de criterios extraídos de la legislación española e italiana que no eran aplicables al caso, por lo que estima el recurso y considera improcedente la suspensión.³³ Más gráfico a este respecto en el fundamento en que la Res. DGRN 20 de julio de 2015 advierte de la pasividad del registrador:

“Del derecho alemán transcrito por el notario autorizante resulta la ley aplicable por aplicación de la norma de conflicto, la ley aplicable a las persona naturales (arts. 7 y 25 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán, EGBGB), las normas relativas a la aplicación del régimen económico matrimonial legal de Alemania (arts. 1363, régimen de participación; 1371, repartición de los bienes en caso de muerte; 1372, repartición de lo adquirido durante

febrero de 2014, 20 de julio de 2015, 28 de octubre de 2015 15 de febrero de 2016, 3 de mayo de 2016, 6 de junio de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 10 de febrero de 2021 y 5 de septiembre de 2022.

³³ “Ahora bien, lo que sucede en este caso es que la registradora, sin haber dispensado expresamente de la prueba del Derecho extranjero aplicable por tener conocimiento suficiente y directo de su contenido y vigencia, tampoco la ha exigido como fundamento de su calificación. La sujeción de la sucesión a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (cfr. art. 9.8 del Código Civil), unido a la limitación del reenvío a la Ley española (art. 12.2 del Código Civil, y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002), determina que siendo el causante de nacionalidad belga, es al Derecho belga al que hay que acudir para dirimir la posición que a cada uno de los interesados en la operaciones de avalúo, inventario, liquidación y adjudicación de los bienes corresponde. Por tanto, no puede negarse el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura en que se documenta las operaciones particionales de los bienes relictos, con base en fundamentos resultantes de la aplicación del Derecho sucesorio español o italiano. Ciertamente la registradora para suspender la inscripción, conforme a la doctrina antes reseñada, debería haber exigido la acreditación de que con arreglo al Derecho belga puede ser otorgada unilateralmente la escritura por una de las coherederas en los términos en que se ha efectuado, o haber razonado, tras una indagación del contenido del Derecho sucesorio belga, la imposibilidad de dicha actuación unilateral, con apoyo en las disposiciones legales y/o interpretaciones judiciales oportunas. Pero lo que no procede es negar la inscripción, sin una aseveración de conocimiento de la legislación aplicable, por la no concurrencia de uno de los interesados en la sucesión, o por la existencia de un supuesto derecho de reversión o reserva de los bienes a favor de la línea de la que proceden, pues dicha denegación carece de un fundamento previo, que constituye una premisa lógico-jurídica básica e imprescindible, como es la del conocimiento y cita del Derecho aplicable al caso, el cual, a falta de prueba de su contenido y vigencia, no puede ser desplazado y suplido en sede extrajudicial, como se ha indicado «supra»(, por el Derecho material español (y menos del italiano), solución que en los procesos propiamente judiciales viene impuesto por las exigencias derivadas del principio de tutela judicial efectiva”.

la vigencia del régimen de bienes en los demás casos; 1408, capitulaciones matrimoniales, libertad contractual; 1409, limitación de la libertad contractual; 1410, forma de las capitulaciones matrimoniales; 1412, eficacia frente a terceros; 1414 comienzo del régimen de separación de bienes, y 1415, régimen de comunidad de bienes, acuerdo mediante contrato matrimonial del BGB) y las normas relativas al derecho sucesorio (art. 1922, sucesión; art. 1923, capacidad para ser heredero; art. 1937, disposición testamentaria; art. 1941, contrato de herencia; art. 1942, transmisión de la herencia; art. 1944, período de repudiación; art. 1945, forma de la repudiación; art. 1946, fecha para la aceptación de la repudiación; art. 1952, derecho del heredero a repudiar la herencia; art. 2353, certificado sucesorio; art. 2354, indicaciones sobre la concesión del certificado sucesorio; art. 2356, prueba de la exactitud de las indicaciones; art. 2358, investigación del Tribunal de testamentarias; art. 2359, condiciones para la concesión del certificado sucesorio; art. 2365, presunción de legitimación del certificado sucesorio, y art. 2366, presunción de exactitud del certificado sucesorio, del BGB). Si el registrador entendiérase que de alguno de dichos preceptos no se deriva la conclusión de que el compareciente es heredero y puede actuar en tal concepto a los efectos de modificar el contenido del Registro tendría que haber expresado el motivo concreto de su rechazo y, entonces sí, exigir prueba adicional de porqué el sentido, alcance o interpretación de una norma debiera ser uno y no otro de acuerdo a la jurisprudencia, en este caso, de Alemania”.

Nótese como de esta resolución parece inferirse que al notario le basta con citar los preceptos legales en que se basa su juicio sobre el contenido del Derecho extranjero, mientras que al registrador no le basta con poner en cuestión o considerar insuficiente tal cita aislada de preceptos, sino que debe justificar cuál sería el contenido alternativo del Derecho extranjero cuya prueba se impugna. La resolución DGRN 26 de julio de 2016 formula de forma más nítida este criterio sobre la motivación que debe hacer constar el registrador en su calificación procediendo a la suspensión de la inscripción por falta de prueba del Derecho extranjero, pues debe, en todo caso, motivar y argumentar de forma concreta, sin referencias genéricas, las razones de su rechazo de la prueba del Derecho extranjero. Recuerda la DGRN, que la Ley de Cooperación Jurídica en Materia Civil, de aplicación subsidiaria, *“fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba ad nutum”*. En idéntica línea la Res. DGSJFP 28 de julio de 2020, observa que *“de los términos de la escritura calificada y de la calificación impugnada resulta que esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual constituye una facultad, pero no una obligación de los mismos”*.

Del mismo modo, la Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021 concluye que

“[s]i el registrador disiente, deberá motivar expresamente las razones por afirmar conocer, también bajo su responsabilidad, la legislación extranjera aplicable y, no habiéndose desvirtuado tal afirmación, el registrador ha de pasar por ella, lo que trae consigo la pertinencia de la inscripción.(...) Una interpretación del art. 36 del Reglamento Hipotecario

*acorde con la realidad social obliga a entender que cuando el notario es el funcionario autorizante hará un juicio de ley, con base en su conocimiento de la legislación extranjera o a la prueba practicada; y que si el registrador entendiese que del juicio emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero”.*³⁴

Argumenta la Res. DGRN 4 de marzo de 2019 que esta exigencia al registrador se justifica más si cabe en la medida en que, “tratándose del Derecho sucesorio de un Estado miembro y existiendo instrumentos suficientes para la prueba del mismo, es de sencilla comprobación si fuera puesta en duda”. Justo lo contrario que sugiere la Res. DGSJyFP de 10 de febrero de 2021, al reconocer que “si bien es cierto que en el ámbito del Derecho europeo las webs de la Comisión europea (como referente el Portal europeo de e-justicia <https://e-justice.europa.eu/home?plang=es&action=home>) son útiles herramientas que permiten un acercamiento a ciertas áreas de Derecho material europeo relevantes, en concretos instrumentos – como es el Reglamento (UE) n.º 650/2012 o los reglamentos (UE) 2016/1103 o 2016/1104–, la normativa y la interpretación nacional de ésta, en temas de la complejidad del que aquí se detalla, deben ser adecuadamente probados, en el ámbito notarial y registral, en los términos del art. 36 del Reglamento Hipotecario”.

20. La distinta vara de medir que emplea la DGSJyFP respecto de la calificación notarial y registral de la prueba del Derecho extranjero y de la intensidad con que debe justificarse su conocimiento privado no es, con todo, la mayor disfunción que produce la doctrina registral en el cumplimiento del principio de seguridad jurídica en el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero. Con diferencia, el mayor problema de la doctrina registral viene de negar al registrador la posibilidad de tener al alcance los elementos de juicio, puramente fácticos, que le permitan hacer su propia calificación acerca del Derecho extranjero.

21. Esta preocupante circunstancia, se produce, al menos, en dos supuestos: en primer lugar, en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, lo que se impide al registrador es cumplir con su obligación de aplicar de oficio la propia norma de conflicto del sistema español. La cuestión clave, en este punto, es si el notario debe o no hacer expresa, no solo la ley aplicable, sino también las circunstancias y puntos de conexión que le han llevado a ella, con el fin de que el registrador pueda tener constancia de esa determinación y, en suma, una posibilidad

³⁴ En el mismo sentido, Resolución DGRN 23 de marzo de 2018.

real de poder controlarla o amparar una calificación fundada sobre su criterio discrepante, como le pide la DGSJFP. Sin embargo, no parece que la DGSJFP esté por la labor de esta exigencia³⁵, de forma que bastaría la mera declaración del notario sobre su conclusión acerca de la ley aplicable para que el registrador hubiera de darla por buena. A este respecto el Reglamento (UE) n° 2016/1103, de 24 de junio de 2016, aconseja reforzar la seguridad jurídica preventiva en lo que respecta a la determinación tanto del régimen económico matrimonial concreto como de la ley aplicable que lo rige de forma indubitada. Conforme al art. 28 del Reglamento, la oponibilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a terceros depende de la posibilidad de que el tercero pueda conocer dicha ley actuando con la debida diligencia, conocimiento que se presumirá si el régimen económico matrimonial consta en el registro en que radica el bien inmueble. Nótese que el art. 28.2º b) iii) no se refiere a la publicidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sino del “régimen económico matrimonial”. En consecuencia, para garantizar la eficacia del régimen económico frente a terceros, convendría que los notarios no solo hicieran constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sino que advirtieran a las partes de los inconvenientes del art. 92 RH en tal sentido, procediendo a determinar de forma concreta el régimen de bienes conforme a la ley aplicable³⁶. Por otra parte, dada la importancia de la eficacia de la inscripción para la oponibilidad del régimen económico matrimonial frente a terceros, es relevante que el registrador pueda realizar una calificación que garantice la correcta determinación de dicho régimen, lo que no afecta solo al conocimiento del Derecho extranjero, sino también, y previamente, a la correcta determinación de la ley aplicada por el notario, lo que necesariamente implica que en la escritura se hagan constar los hechos fácticos sobre los que se ha realizado dicha determinación.

En efecto, *de lege ferenda* sería aconsejable que se impusiera la previa determinación del régimen económico matrimonial en el momento de la adquisición, en particular cuando se trate de cónyuges extranjeros residentes en España, haciendo uso en su caso de la posibilidad del acta de notoriedad a que se refiere el art. 53 LN. La resolución DGRN de 2 de abril de 2018 proporciona un ejemplo de los nocivos efectos de un abuso de la opción que brinda el art. 92 RH: Dos cónyuges de nacionalidad china compran una vivienda, haciéndose constar en dicho título que están casados

³⁵ V. gr., resolución DGRN 20 de diciembre de 2011.

³⁶ Vid. P. Jiménez Blanco, “La publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Cívitas–Thomson–Reuters, 2020, p. 415; H. Mota “La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, p. 89.

entre sí en el régimen establecido en la legislación china y que compran en un 80 % la esposa y en el 20 % restante el esposo. La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, siendo el régimen legal chino el de comunidad y pretender comprar la finca transmitida con carácter privativo en la proporción indicada, debe acreditarse que conforme al Derecho de China los cónyuges pueden adquirir bienes inmuebles por cuotas privativas con su simple manifestación o con el consentimiento del consorte. El notario recurrente alega que la calificación incurre en el error de afirmar que en la escritura de compraventa los mencionados cónyuges compran la finca “con carácter privativo”, cuando en realidad lo que se expresa es que los compradores compran en determinada proporción, y, por tanto, es aplicable el art. 92 RH, de modo que deberá practicarse la inscripción de la adquisición de cada cónyuge “con sujeción al régimen matrimonial de la legislación china”. El recurso es estimado, pero lo cierto es que semejante inscripción no optimiza las garantías que debe proporcionar la publicidad registral. En un caso en que cada cónyuge participa en la adquisición con una cuota diferente, convendría que el notario procurara la determinación de la existencia o no de acuerdos prenupciales o post-nupciales, aptos para modificar las reglas generales del sistema chino sobre comunidad de bienes y establecer eventualmente el carácter privativo o separado, total o parcialmente, de los bienes adquiridos, acreditando al respecto las normas de la legislación china que determinan la validez sustancial o formal de tales acuerdos. Si esta acreditación se produce y los acuerdos se acompañan a la escritura, el registrador podrá inscribir los bienes indicando las cuotas de propiedad que pertenecen de forma separada y privativa a cada cónyuge, que tendrá en consecuencia la libre disposición de su cuota. En otro caso, aun cuando cada cónyuge adquiere una parte del bien, se hará constar que cada cuota se integra en la comunidad de bienes y, como bien común, solo podrá ser enajenada con el acuerdo de ambos cónyuges. En suma, en un supuesto como el controvertido, en que el bien no se adquiere por un cónyuge o por ambos en su conjunto, sino por ambos en cuotas diversas, lo más prudente es que el notario procure eludir el cauce excepcional del art. 92 RH y requerir a los cónyuges una acreditación de la existencia de acuerdos sobre el particular conforme al Derecho chino. Esta solución se alinea asimismo con la orientación que la propia DGSJyFP ha dado a su interpretación del art. 92 RH, de forma que, si bien la determinación del régimen matrimonial regido por el Derecho extranjero no es perentoria en el momento de la adquisición, resulta aconsejable en la medida de lo posible. Este sería un caso en que la determinación es especialmente aconsejable.

22. En segundo lugar, en el ámbito de la eficacia de los poderes de representación voluntaria, al registrador se le impide asimismo, so pretexto

del alcance del juicio de suficiencia notarial, poder valorar la correcta aplicación por el notario del Derecho notarial extranjero bajo el cual se ha otorgado el poder, documento que el notario no tiene por qué acompañar a la escritura. La Res. DGRN 18 de diciembre de 2018 es muy clara al respecto, al concluir que

“no puede prevalecer una interpretación de dicha ley realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la equivalencia de funciones de la notaria extranjera en la documentación de la denominada escritura de poder exhibida”³⁷.

La resolución de la DGRN 17 de abril de 2017 había empleado unos términos algo más moderados, al señalar que si “el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente”. Pero dicho disentimiento resulta imposible si el registrador no puede conocer el poder ni tampoco los motivos en que el notario fundamenta su juicio de equivalencia material, salvo en un caso: es posible que el notario autorizante, aun no estando obligado, exprese su juicio de equivalencia o aporte o transcriba el poder en su escritura. Como aconseja la propia DGRN: “[s]i el notario autorizante del instrumento público tiene conocimiento del mismo y desea facilitar su más eficaz circulación, nada impide que incorpore al mismo su juicio de equivalencia, evitando así los inconvenientes y retrasos inherentes cuando así no ocurre”.

En tal caso, el registrador sí puede tener elementos de juicio para corregir el juicio de equivalencia, pero no en otro caso.

En suma, la doctrina registral conduce a un resultado inquietante: el registrador no puede, en realidad, poner en cuestión el juicio de equivalencia hecho por el notario, pues ni tiene los elementos de juicio imprescindibles, ni conoce los fundamentos del juicio de equivalencia del notario, y se le exige una prueba del Derecho extranjero en sentido contrario absolutamente diabólica. Por su parte, el notario no solo no tiene que explicitar los fundamentos de su juicio de equivalencia positivo; al parecer ni siquiera tiene que hacer tal juicio de equivalencia, porque no está obligado a conocer el Derecho extranjero sobre el que debe fundarse el principio de equivalencia. Basta con que haga el juicio de suficiencia, y su juicio de equivalencia positivo se presumirá. Se trata de un juicio no implícito, sino presunto. El sistema elimina toda garantía de control de legalidad de los actos realizados a través de poderes de representación otorgados en el extranjero, y habilita la inscripción de actos que pueden

³⁷ Vid. también Res. DGRN 1 de junio de 2018.

estar expuestos con mucha facilidad a la nulidad o ineficacia por falta de capacidad y consentimiento de una de las partes, amparada en un poder de representación nulo o ineficaz.

De lege lata, los principios que rigen la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero y la función registral, por mínima que sea, en el juicio de equivalencia, requieren que, al margen del juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia sea expreso y mínimamente motivado por el notario. Retomando la dicción exacta de la Resolución de 14 de septiembre de 2016, es preciso que el notario mencione y justifique el juicio de equivalencia. La propia Resolución de 17 de abril de 2017 parece sugerir de forma vacilante la conveniencia de esta motivación, que en realidad es necesidad, y propone incluso una fórmula: *“que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional”*. La fórmula, sin embargo, no parece la óptima, incluso en términos de eficiencia procesal, en especial porque omite la referencia al conocimiento del Derecho extranjero por el notario³⁸.

Nótese que la DGSJyFP, aunque solo en algunas resoluciones, parece estar persuadida, con razón, de que un notario que formula un juicio de suficiencia positivo sobre un poder otorgado en el extranjero ha tenido, lógicamente, que hacer un juicio de equivalencia basado en el conocimiento del Derecho extranjero. No se acaba de entender muy bien por qué razón no se le debe exigir al notario que exprese sucintamente ese juicio de equivalencia, que en realidad ha debido de hacer, y haga constar la aplicación del Derecho extranjero en su escritura a través de una fórmula razonable. En el caso que dio lugar a la Resolución de 17 de abril de 2017, dicha mención podría ser:

“que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura y consta en instrumento público equivalente al documento público español, por cuanto ha sido otorgado ante notary public inglés en forma pública. Del conocimiento del Derecho inglés por parte de este notario queda acreditado que tales documentos están investidos de fe pública, respetan

³⁸ Más matizadamente, la Res. DGSJyFP 4 de junio de 2020 insiste en que *“[p]or otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disenter de la equivalencia apreciada por el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene éste atribuida, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra el notario autorizante de la escritura calificada por una negligente valoración de la equivalencia de funciones del notario extranjero en la documentación del título representativo exhibido”*.

el principio de inmediatividad y conllevan un juicio de identidad y capacidad (Civil Procedure Rules 1998; Chapter 2 Notarial Code of Practice 2016)".

Como se ha señalado, en el sistema español resulta admitido que para la inscripción no es necesaria la aportación del poder de representación. *De lege ferenda*, resultaría recomendable que esta regla, pensada para el juicio de suficiencia, se exceptuará por las necesidades expuestas de emisión y control registral del juicio de equivalencia, de forma que hubiera que acompañar el poder de representación, cuando este hubiese sido otorgado en el extranjero, lo que facilitaría y simplificaría el sistema. De hecho, por la falta de analogía entre juicio de suficiencia y juicio de equivalencia podría defenderse perfectamente una interpretación contenida o restrictiva de lo previsto a este respecto en el art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, de forma que fuera interpretado como una norma material autolimitada a supuestos internos, esto es, en que el instrumento público ha sido otorgado ante autoridad española.

V. FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

23. Tal vez la diferencia esencial entre el régimen de aplicación registral del Derecho extranjero y el correspondiente a la aplicación judicial estriba en las consecuencias que se derivan de la ausencia o falta de prueba del Derecho extranjero. Mientras que en la aplicación judicial la solución de cierre consiste en la aplicación de la ley del foro, una vez que los intentos de las partes y de los propios jueces para aplicar el Derecho extranjero resultan fallidos (art. 33.3º. LCJIMC), en el ámbito registral no procede la aplicación del Derecho español, sino la suspensión o denegación de la inscripción³⁹. Como reiteradamente ha afirmado la DGSJyFP,

*"[u]na de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial"*⁴⁰.

³⁹ Vid. R. Arena García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 422-424.

⁴⁰ *V.gr.*, Resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 28 de julio de 2011, 2 de agosto de 2011, 2 de marzo de 2012, 14 de noviembre de 2012, 11 de noviembre de 2013, 23

En la práctica, como hemos señalado más arriba, a la luz de la doctrina más reciente de la DGSJyFP, la suspensión de la inscripción no es procedente por falta de prueba del Derecho extranjero, sino por error en la determinación de la ley aplicable o del contenido del Derecho extranjero aplicable, que no es exactamente lo mismo. Si el registrador no puede motivar tal error por el notario, en realidad se le obliga a inscribir.

Con todo, no es descartable que, en determinados casos, el registrador se vea impelido a practicar la inscripción sobre la base de la aplicación subsidiaria del Derecho español para resolver una imposibilidad material de probar del Derecho extranjero, como se señalará a continuación.

VI. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Imposibilidad material

24. La acreditación del Derecho extranjero no siempre es factible. Múltiples factores pueden hacer inviable el conocimiento cabal del Derecho extranjero, especialmente si faltan mecanismos de cooperación internacional, fácil acceso a expertos del país en cuestión o concurren circunstancias extraordinarias (conflictos armados, catástrofes naturales, dificultades políticas) que impiden emplear las vías habituales de información acerca del Derecho extranjero.

En nuestro ordenamiento, la aplicación subsidiaria del Derecho español prevista para estos casos se ha previsto en supuestos excepcionales en el ámbito registral. Concretamente, en relación con el Registro Civil, el art. 5 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, prevé que “si el Encargado del Registro Civil se encontrare, al extender un acta, en la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable para determinar los nombres y apellidos de la persona interesada, aplicará su ley interna e informará al respecto a la autoridad de la que dependa”.

25. Esta solución no es descartable en algunos casos en el ámbito del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil, incluso si el Derecho extranjero resulta probado. Así lo acredita la dificultad de abordar algunos aspectos de las sucesiones relativas a bienes inmuebles situados en España,

de julio de 2015, 24 de septiembre de 2015, 28 de octubre de 2015, de 15 de febrero de 2016, 5 de marzo de 2018 y 7 de noviembre de 2019.

pero regidas por el Derecho británico. Técnicamente, en aplicación de la ley inglesa, la transmisión de los bienes no tiene lugar con la aceptación de la herencia por el heredero designado mediante escritura pública, por ejemplo, ante notario español, sino que es precisa la comparecencia del ejecutor o administrador testamentario, provisto del correspondiente *probate*, para proceder a la transmisión. La DGSJyFP omite esta exigencia al entender que la transmisión directa al heredero está permitida por la ley española como *lex rei sitae* o *lex registri*⁴¹, interpretación abiertamente incompatible con la STJUE 2ª 12 de octubre de 2017 (as. C-218/16: “*Aleksandra Kubicka/Przemysław Bac, en calidad de notaria*”), pero lo obligado es respetar el sistema de transmisión de bienes por vía sucesoria prevista en el Derecho inglés, por poner el caso. Ocurre que, en especial cuando la sucesión solo se refiere a bienes inmuebles situados en España, obtener el *probate* en el Reino Unido puede ser inviable. Al estimar sus tribunales que se trata de una sucesión regida por la ley española, consideran no que no hace falta *probate* según la ley española, sino que sus tribunales carecen de competencia para conceder el *probate* ni tienen interés alguno en ello, si bien la jurisprudencia inglesa no es unánime en este punto. Para resolver este problema, caben dos soluciones, al margen del camino poco razonable que propone la DGSJyFP. La primera de ellas consistiría en admitir un reenvío parcial a la ley española, con todo lo que implica, opción que hoy parece avalada por la STS Civ 1ª. nº 529/2019 de 8 de octubre de 2019. Pero una segunda solución permite respetar la aplicación de la ley inglesa a la transmisión de la propiedad sucesoria sin necesidad de aportar el *probate*. Bastaría con acreditar que dicho *probate* fue solicitado ante las autoridades inglesas y que estas se declararon incompetentes o lo consideraron improcedente. La imposibilidad de cumplir con las condiciones contempladas en la ley sucesoria permite interpretar que, o bien el Derecho inglés no exige *probate* en tal caso, o bien que resulta imposible su implementación, por lo que procede en su defecto aplicar la ley española de formas excepcional (art. 33.3º Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil). En favor de esta solución milita otro argumento muy relevante: en las sucesiones sometidas al Derecho inglés, no existe la posibilidad de aportar una certificación negativa del registro testamentario británico, sencillamente porque en el Reino Unido no existe un Registro de Actos de Última Voluntad ni tampoco una declaración de herederos abintestato en documento público. Un *probate* o unas *letter of administration* no solo pueden ser útiles como un título equivalente a una declaración de

⁴¹ Vid. resolución DGRN 2 de marzo de 2018 y las resoluciones DGSJyFP de 6 de julio de 2020, 1 de octubre de 2020, 10 de febrero de 2021 y 15 de junio de 2021, cuya interpretación abiertamente errónea sigue la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 4ª, nº 607/2019 de 3 de diciembre de 2019.

herederos abintestato, sino que en el marco de una sucesión testada puede ser la única vía para confirmar que no existía un testamento posterior otorgado en el Reino Unido que revocara un estamento anterior que, hipotéticamente, se esté utilizando para la inscripción registral en España.

Del mismo modo, puede resultar imposible obtener piezas probatorias relativas a un país en guerra o poco proclive a la cooperación internacional en este ámbito, pese a los improbables esfuerzos empleados por los comparecientes para acreditar, por ejemplo, la viabilidad de una aceptación de la sucesión a beneficio de inventario o el establecimiento de un régimen legal de bienes de separación. En tales casos, la inviabilidad probatoria podría implicar una denegación permanente de la inscripción, con las consecuentes graves consecuencias para el sistema de seguridad jurídica que proporciona en registro. Para resolver esta cuestión, el registrador puede optar por una aplicación de un Derecho extranjero próximo. Supongamos, por ejemplo, que se trata de determinar el régimen legal de bienes de un país cuyo Derecho pertenece a la familia islámica. En los sistemas islámicos, el régimen legal de bienes del matrimonio se fundamenta en un sistema de separación, que el registrador podría dar por bueno. En el caso de que tal solución no sea factible, parece razonable optar por una aplicación subsidiaria del Derecho español.

26. En ciertas ocasiones, la calificación de la cuestión (art. 12.2º Cc) puede resultar determinante de estos problemas. Por ejemplo, una de las cuestiones probatorias más difíciles es determinar si en un sistema extranjero que dispone un régimen legal de comunidad de bienes, caben supuestos de adquisición privativa, en particular por el uso de fondos asimismo privativos, y si en tal caso la prueba de la privatividad puede hacerse por confesión del otro cónyuge. Una calificación procesal permitiría la aplicación de la ley española (art. 58 LCJIMC) y por tanto del art. 95 RH. Una calificación sustantiva, sin embargo, exigiría acreditar que tal prueba está contemplada en el Derecho extranjero antes de aplicar dicho precepto. La DGSJyFP ha optado por la calificación sustantiva⁴², que es la más ajustada, pero que en la práctica genera un supuesto de prueba particularmente arduo.

2. Imposibilidad axiológica: orden público

27. Finalmente, el Derecho extranjero, aún probado, también da paso a la aplicación del Derecho español, de forma natural, en casos de contrariedad con el orden público (art. 12.3º Cc). Así ocurre, por ejemplo, en relación con

⁴² Vid. resoluciones DGRN 10 de septiembre de 2018 y 27 de febrero de 2019; resoluciones DGSJyFP 12 de junio de 2020 y 23 de febrero de 2022.

la aplicación de una ley sucesoria extranjera, tributaria del Derecho islámico, que atribuye una cuota hereditaria discriminatoria de los herederos varones respecto de las mujeres. Así lo estimó la Res. DGRN de 20 de julio de 2016, que desestima el recurso y no hace una lectura atenuada del orden público internacional, dados los derechos fundamentales en juego:

*"[C]onforme a la aplicación del orden público internacional del foro, carece de causa la adjudicación a un heredero en España de una cuota distinta a la que resultaría de la aplicación directa del principio de no discriminación. El hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos"*⁴³.

⁴³ Aunque el Reglamento (UE) n.º 650/2012 no resulta aplicable al caso, la DGRN aprovecha la circunstancia para hacer un repaso del alcance del orden público en dicho texto: *"En términos generales, el orden público, que es de valoración restrictiva, se introduce en el Reglamento en un múltiple contexto. Primero, en su formulación general en el art. 35, en el que se establece su relación con la ley aplicable: «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro»*[. Segundo, en cuanto límite del principio de confianza mutua, que tiene su concreta manifestación en la excepción al reconocimiento y ejecución de resoluciones, como resulta del art. 40 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, suprimido el procedimiento de exequátur: *«Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido»*(y tal como es entendido en abundante jurisprudencia (STJ) la Unión Europea de 28 de abril de 2009, M. A. contra D. C. O. y L. E. O., Asunto C-420/07). Por último, en una expresión de los principios comunes del ordenamiento europeo tal como son entendidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recuerda el considerando 58 del Reglamento, que destaca su relación de los principios de la Carta de Derechos y Libertades fundamentales de la Unión Europea. Así: *«En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su art. 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación»*[. Finalmente, la aplicación del orden público del foro actúa como un límite a la aceptación de documentos públicos, conforme al art. 59: *«Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido»*(en igual sentido, arts. 56 y 60 de la Ley 29/2015), así como a la ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales –arts. 60 y 61 del Reglamento–". Mayor interés y menos descriptivas son los argumentos de la D.G.R.N. acerca del juego en el Reglamento de la institución del "fraude de ley" y la desvinculación de las legítimas del límite excepcional de orden público: *"La aplicación estricta del orden público en el ámbito de la ley aplicable fue reformulado desde la redacción de la propuesta del Reglamento hasta su redacción final en que liga el orden público a los derechos fundamentales, en un sentido relevante a los efectos del presente recurso. La*

28. El orden público se manifiesta frente al Derecho extranjero a través asimismo de normas imperativas del ordenamiento español que se aplican de forma extraterritorial. Así ocurre, por ejemplo, con las normas que protegen a los cónyuges en relación con el uso de la vivienda familiar en el marco de su régimen económico matrimonial. La DGSJyFP se ha manifestado en varias ocasiones al respecto. Así, en la Res. DGSJyFP 24 de mayo de 2022 revoca la calificación registral sobre la base de que, respecto del cumplimiento de los arts. 21.3º y 129.2º de la Ley Hipotecaria 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 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia”*. En el caso concreto, la DGSJyFP estimó que tales consideraciones no eran aplicables *“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*

redacción final recogida en el art. 35 del Reglamento no incluye entre sus elementos una interpretación del régimen escisionista, entre bienes muebles e inmuebles, ni la vulneración de la aplicación de partes reservadas o legítimas que razonablemente correspondiera aplicar a la sucesión. Estos temas se zanjaron a favor de la aplicación directa de las reglas del foro que deberían aportar sus propias soluciones de Derecho internacional privado en relación no ya al orden público sino al fraude de ley (Considerando 26: «Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado”). En la misma línea, que excluye el debate de la inclusión de las legítimas del concepto de orden público, aun recibidas por vía de abintestato, se sitúa el ordenamiento español constitucional que en el que el art. 33.1 de la Constitución Española reconoce tras el derecho a la propiedad privada, el derecho a la herencia. Decae, por tanto, el argumento del recurrente, pues en España los aspectos cuantitativos y cualitativos de la legítima, podrán tener un encaje principal en el art. 33 de la Constitución, pero no en el 14 del mismo texto, que recoge el principio fundamental de la interdicción de discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión. Así fue entendido, fuera de nuestras fronteras, por el Bundesverfassungsgericht alemán, en Sentencia de 19 de abril de 2005, respecto de la reforma del Derecho de sucesiones y prescripciones de Alemania, en vigor desde el 1 de enero de 2010 que consideró que la libertad de testar es un reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo y que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes si no es discriminatorio. En cualquier caso, la jurisprudencia en España ha sentado el principio de que la regulación de las legítimas en nuestro ordenamiento no integra el concepto de orden público internacional desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1978, salvo que afectaran al principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión”.

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.

En realidad, se trata del mismo criterio que se deduce de la Res. DGSJyFP de 31 de enero de 2022. En su calificación, la registradora no pretendió 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 caracterizó correctamente 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.

En un ámbito muy diferente, la misma caracterización como norma imperativa se desprende de la Res. DGSJyFP 13 de mayo de 2022, que se decanta asimismo 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 en un caso de inscripción de venta de inmueble por el administrador concursal del titular,

un ciudadano checo que había adquirido conforme a su régimen legal de (comunidad) de bienes:

*“La esposa, por tanto, está protegida por el principio de legitimación y fe pública registral, de suerte que la disposición del bien por un solo esposo –aun siendo el titular registral– requiere del cumplimiento de los requisitos que, según la ley española, son exigibles para garantizar la participación en el procedimiento judicial, del que resulta la pérdida de sus derechos. Resulta indiferente la procedencia del título judicial, pues la confianza mutua en la que se basa el espacio judicial civil europeo no puede implicar tratamiento distinto del que tendría en igual supuesto el juez nacional, tratándose de derechos de defensa. Por lo que no puede resultar de la ley aplicable (que no ha sido probada con el alcance requerido) que el cónyuge del titular registral carezca de derecho alguno a ser notificado e intervenir conforme a la ley del concurso”.*⁴⁴

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 consecuencia, la caracterización sustancial y de orden público de tales disposiciones del Derecho español convierte en intrascendente y, por tanto,

⁴⁴ 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 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 ap. 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 innecesaria, la prueba o falta de prueba del Derecho extranjero, que en ambos casos queda *a priori* descartado por la aplicación directa del Derecho español. 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.

LISTADO DE RESOLUCIONES MÁS CITADAS

- Res. DGRN de 20 de enero de 2011: BOE nº 62 de 14 de marzo de 2011.
Res. DGRN de 15 de julio de 2011: BOE nº 229 de 23 de septiembre de 2011.
Res. DRGN de 2 de marzo de 2012: BOE nº 109 de 7 de mayo de 2012.
Res. DGRN de 26 de junio de 2012: BOE nº 180 de 18 de septiembre de 2012.
Res. DGRN de 14 de noviembre de 2012: BOE nº 274 de 26 de diciembre de 2012.
Res. DGRN de 3 de febrero de 2014: BOE nº 40 de 27 de febrero de 2014.
Res. DGRN 14 de marzo de 2014: BOE nº 100 de 25 de abril de 2014.
Res. DGRN de 20 de julio de 2015: BOE nº 229 de 24 de septiembre de 2015.
Res. DGRN de 23 de julio de 2015: BOE nº 229 de 24 de septiembre de 2015.
Res. DGRN de 23 de noviembre de 2015: B.O.E nº 280 de 23 de noviembre de 2015.
Res. DGRN de 15 de febrero de 2016: BOE nº 49 de 11 de marzo de 2016.
Res. DGRN de 3 de mayo de 2016: BOE nº 136 de 6 de junio de 2016.
Res. DGRN de 26 de julio de 2016: BOE nº 227 de 20 de septiembre de 2016.
Res. DGRN de 17 de abril de 2017: BOE nº 102 de 28 de abril de 2017.
Res. DGRN de 17 de mayo de 2017: BOE nº 137 de 9 de junio de 2017.
Res. DGRN de 23 de marzo de 2018: BOE nº 67 de 6 de abril de 2018.
Res. DGRN de 1 de junio de 2018: BOE nº 150 de 21 de junio de 2018.

Res. DGRN de 19 de junio de 2018: BOE nº 161 de 4 de julio de 2018.
Res. DGRN de 7 de septiembre de 2018: BOE nº 233 de 26 de septiembre de 2018.
Res. DGRN de 19 de octubre de 2018: BOE nº 291 de 3 de diciembre de 2018.
Res. DGRN de 18 de diciembre de 2018: BOE nº 24 de 28 de enero de 2019.
Res. DGRN de 14 de marzo de 2019: BOE nº 85 de 9 de abril de 2019.
Res. DGRN de 7 de noviembre de 2019: BOE nº 288 de 28 de noviembre de 2019.
Res. DGSJFP de 28 de julio de 2020: BOE nº 213 de 7 de agosto de 2020.
Res. DGSJFP de 28 de septiembre de 2020: BOE nº 272, de 14 de octubre de 2020.
Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021: BOE nº 48 de 25 de febrero de 2021.
Res. DGSJyFP de 31 de enero de 2022: BOE nº 41 de 17 de febrero de 2022.
Res. DGSJyFP de 2 de febrero de 2022: BOE nº 45 de 22 de febrero de 2022.
Res. DGSJyFP de 11 de mayo de 2022: BOE nº 130 de 1 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 13 de mayo de 2022: BOE nº 130 de 1 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 24 de mayo de 2022: BOE nº 141 de 14 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 5 de septiembre de 2022: BOE nº 247 de 14 de octubre de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

- Arenas García, R., *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.
- Fernández Rozas, J.C., "La Aplicación del Derecho extranjero por los notarios", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996, pp. 195-207.
- Fernández-Tresguerres García, A., "Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio de la cooperación judicial internacional en materia civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 665-745.
- Jiménez Blanco P., "La publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo", *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Cívitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 399-415.
- Mota, H., "La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, pp. 61-92.
- Pecourt García, E., "Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto", *RGD*, vol. XVIII, 1962, pp. 783-791 y 894-904.
- Touriñán Morandeira, M. T., "Art. 35", *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, València, Tirant-lo-blanch, 2017, pp. 422-425.

Recibido: 7 agosto 2023
Aceptado: 25 septiembre 2023

‘Conflicts Revolution’ or Revolution through Conflicts? Promoting Change or Preserving the *Status Quo* via Private International Law

Victoria GARIN GIMÉNEZ¹

SUMARIO: I. Introduction. II. What tools to change the world? Key features of Private International Law. III. Changing the world through Private International Law: 1. Environmental protection. 2. Human and fundamental rights. IV. Private International Law’s potential to reshape the world 1. Exploring the private dimension of Private International Law. 2. Making use of the public side of Private International Law. 3. The limits of European Private International Law. V. A conclusion? Changing Private International Law to change the world.

“Conflicts Revolution” or Revolution through Conflicts? Fomentar el cambio o preservar el *statu quo* a través del Derecho Internacional Privado

RESUMEN: Mucho se ha escrito sobre la *conflicts revolution*, el movimiento intelectual que cuestionó los fundamentos del Derecho Internacional Privado (DIP). Menos atención se había dado al potencial revolucionario del DIP, su capacidad para generar cambio en el mundo. En los últimos años, cada vez más autores proponen afrontar las crisis de nuestros tiempos – desde la crisis ambiental hasta violaciones de DDHH – a través del DIP o con su ayuda. Sin embargo, el DIP existe con una serie de características: es técnico, lidia con diferencias, trata asuntos privados y está relacionado, al menos en Europa, con el funcionamiento del mercado interior; ¿puede un DIP así producir cambios significativos en el mundo? En este artículo, exploro propuestas recientes que proponen el DIP como herramienta de cambio y analizo su compatibilidad con los rasgos centrales de la disciplina. Concluyo que algunas de estas propuestas no sólo chocan con el DIP europeo actual, sino que, además, todas ven su potencial transformador limitado por las características de la disciplina. Si buscamos el cambio, no basta con adaptar las normas de DIP: los fundamentos mismos de la disciplina deben ser reconsiderados.

PALABRAS CLAVE: TÉCNICAS DE LAS NORMAS – NEUTRALIDAD – DERECHO PRIVADO – REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – REVOLUCIÓN – PROTECCIÓN DE LAS PARTES MÁS DÉBILES

ABSTRACT: Much has been discussed about Private International Law’s (PIL) conflict revolution, the intellectual movement that challenged some of the fundamental principles of the discipline. Far less attention had been paid to PIL’s revolutionary potential: its ability to bring about change in the

¹ Investigadora predoctoral. European University Institute (Florence, Italia).

world. In recent times, scholars have increasingly been exploring how PIL can contribute to addressing pressing issues of our times, from environmental crisis to human rights violations. Yet, a crucial question remains unanswered: can PIL truly drive change? In this article, I aim to answer this question. I summarize some of the most recent ‘crisis-solving’ proposals within PIL and identify their common features. I assess how these proposals interact with PIL’s key features: technical language, focus on differences, private nature, and market orientation. I show that these proposals not only come into direct conflict with PIL’s key features but also that their potential to produce change is inherently limited by them. I conclude that no meaningful change (or ‘revolution’) can be achieved through PIL until PIL’s fundamental assumptions are revisited too.

KEYWORDS: TECHNICAL CONFLICT RULES – NEUTRALITY – PRIVATE LAW – REGULATORY PRIVATE INTERNATIONAL LAW – REVOLUTION – PROTECTION OF WEAKER PARTIES.

I. INTRODUCTION

Much has been discussed about Private International Law’s conflict revolution, the intellectual movement that, in the mid-twentieth century, radically challenged (and changed) some of the most fundamental structures in the discipline.² Much less has been discussed about the potential that Private International Law itself has to induce change –some revolution, as slim as it may be– in the world surrounding it.

The topic is most relevant today, when environmental concerns and natural disasters threaten our very existence, and inequality has reached unprecedented levels. Many branches of the law, from Human Rights to Competition Law, have begun to offer their contributions to tackling these *crises* – thus unravelling their potential to make the world a better place. Private International Law scholars have sought to do their share, too. The growing literature on the interactions between Private International Law and Regulatory Theory, Human and Fundamental Rights, and, more recently, Environmental Law, reflects a growing concern over issues of transnational injustice and a sincere wish to help.

Yet, the equilibrium between the key features of Private International Law – its technicality, its focus on the private, its handling of difference – and the transnational, substantive, and regulatory nature of the issues raise appears as uneasy as ever. Private International Law, once described as the law of the *status quo*,³ appears inadequate to prompt a revolution. The features that once allowed it to navigate complicated political issues

² See generally S.C. Symeonides, *The American choice-of-law revolution: past, present and future*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

³ For Katherina Pistor, private law and Private International Law are ‘coded’ in a way that they serve the existing system – but also further it, K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019) 134; *ibid* 6.

smoothly now become instruments of oppression when they force the discipline to remain blind to injustices.

In this article, I analyse the current approach to transnational 'crises' by Private International Law. I explore this in the light of recent proposals that infuse a political aim into a discipline once praised as neutral. I assess the compatibility of these proposals with Private International Law's key features. Finally, I evaluate their potential to bring about change in the real world. Ultimately, I aim to answer to the question: *to which extent is Private International Law a fit tool for change in the global sphere?*

Before getting into the main subject, some concepts need clarification. What do I mean by "recent proposals that infuse a political aim into Private International Law"? What are the key features of Private International Law whose respect should be ensured or measured? And are these proposals, after all, anything different from how Private International Law scholarship evolved in the past?

Let's start by the political. The starting point of the analysis is one that has become a commonplace in literature: from environmental disasters to raising inequality and poverty, ours is a world *in crisis*. Private International Law scholars, as scholars in other fields, have reacted to these crises.⁴ They have suggested proposals to seek to reform or reinterpret Private International Law in order to achieve a concrete goal, and change, more or less radically, the way in which things are.⁵ All proposals start by identifying negative or threatening situations, and they all aim to steer the world into a different direction through Private International Law. It is in this sense that I use the label 'political.'

Secondly, there is the question of the 'key features' of Private International Law. Assessing the compatibility of new approaches with the key features of the discipline implies claiming is that some features of Private International Law are central to it and, if not immutable, stable enough to require new approaches to be assessed against them. The claim is (almost entirely) descriptive: I do not speak of values that the discipline should further or protect, but of characteristics of the field upon which scholars can agree.

⁴ Even if only to "maintain its relevance," M. Lehmann, "Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle", *J. Pr. Int'l L.*, 2020, 16, 1, p. 10.

⁵ One could argue that all law is political, but that is not the use of the word I take here. As Ralf Michaels points out, "the distinction between politics and technicity itself is problematic," R. Michaels, "A Symmetry of Asymmetries: A Private-International-Law Reconstruction of Lindahl's Work on Boundaries", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2018, 29, 3, p. 406.

Finally, one could ask: are explicitly political approaches to Private International Law truly a recent development something new? Did they not exist before? The question remains outside the scope of the article. The aim here is to identify the most recent trends in the discipline and assess how they interact with existing Private International Law.

II. WHAT TOOLS TO CHANGE THE WORLD? KEY FEATURES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Scholars are increasingly turning to Private International Law as a means to addressing the pressing issues of our time. Yet, Private International Law works within an established structure and has certain key features; making use of Private International Law entails operating within this pre-existing framework. The structure and key features of Private International Law are shaped by its role, aims, and principles,⁶ the exact content of which has long divided scholarship.⁷

Despite all debates⁸ over the existence and content of universal principles,⁹ methods,¹⁰ or aims,¹¹ three features of European Private International Law can be outlined: Private International Law (a) employs technique in order to (b) deal with difference in (c) private interactions. All three features – technicity, difference-focus, private nature – are essential

⁶ See generally H.E. Yntema, "The Objectives of Private International Law", *Canadian Bar Review*, 1957, 35, 6, p. 721-742 ; K. Lipstein, "The General Principles of Private International Law (Volume 135)", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972 ; H. Batiffol, "Actualité des intérêts du droit international privé" en H. Bernstein *et al.* (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Mohr, 1981, p. 23-35 ; S.C. Symeonides, "Material justice and conflicts justice in choice of law" en P. J. Borchers y J. Zekoll (eds.), *International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers, 2001.

⁷ And it may not need one: "PIL scholarship has long abandoned any serious attempt at constructing its discipline on the basis of a logically ordained system of abstract concepts," T. Marzal y G. Pavlakos, "A Relations-First Approach to Choice of Law", en R. Banu, M. Green y R. Michaels (eds.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, Oxford University Press, Oxford University Press, Forthcoming, p. 9.

⁸ "Paradoxically perhaps, the very intensity and scope of disagreement on each of these issues affirms their accepted centrality and thus, indirectly, the cohesiveness of the discipline of private international law," J. Bomhoff, "The Reach of Rights: The Foreign and the Private in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements Transdisciplinary Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 2008, 71, 3, p. 60.

⁹ See generally S. Leible *et al.*, *General principles of European private international law*, Wolters Kluwer : Kluwer Law International B.V., 2016 ; S. Marinai, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Giappichelli, 2007.

¹⁰ For a useful historical summary, see K. Lipstein, "The General Principles of Private International Law (vol. 135)", *loc. cit.*

¹¹ See, among others, H.E. Yntema, "The Objectives of Private International Law", *loc. cit.*

to Private International Law and, as such, they are always picked up in Private International Law scholarship.

First, Private International Law, at its core, revolves around private cross-border interactions. Private International Law is the discipline that deals with the activities of private actors, as Jürgen Basedow put it.¹² This is true whether we agree that “the quest of private actors for a frame of reference for their growing transnational activities” should be central to the analysis of the discipline¹³ or think, instead, that the field simply serves to allocate regulatory authority between states.¹⁴ Interactions between private actors are the starting¹⁵ and endpoint of Private International Law:¹⁶ Private International Law intervenes because a cross-border interaction has taken place¹⁷ and, when it does, it shapes the lives of those private actors: whether one law or another is applied modifies the results of a case – and thus its effects on the world and on the lives of the parties.¹⁸ This is, when turning to Private International Law, it is crucial not to overlook its private dimension¹⁹.

¹² J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law (Volume 360)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2013, p. 55.

¹³ J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law (Volume 360)”, *loc. cit.*, p. 35.

¹⁴ A. Mills (ed.), “The confluence of public and private international law” en Alex Mills (ed.), *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 106.

¹⁵ “Private international law has therefore become a question about the allocation of public power between states, which is also the fundamental question of public international law. However, this still leaves a distinction between their legal subjects to be worked out,” K. Knop, “Lorimer’s Private Citizens of the World The European Tradition in International Law: James Lorimer”, *European Journal of International Law*, 2016, 27, 2, p. 474.

¹⁶ Some authors see Private International Law as “an indispensable element of private law, R. Michaels, V. Ruiz Abou-Nigm, “Towards Private International Law for Everyone”, Max Planck Private Law Research Paper No. 23/14, 2023, p. 5, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4507586>

¹⁷ V. Garin, “An Account of Private International Law in terms of Relativism”, Mohr Siebeck, Forthcoming.

¹⁸ H. Kupelyants, “Just pick one? Reasons for a lamentable divergence” en Horatia Muir Watt *et al.* (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 333-342 ; S. Bollée, “Thoughts on the Dallah Case: The hypothesis of the indeterminacy of the legal system” en H. Muir Watt *et al.* (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 342-349.

¹⁹ Since the results of a dispute (and thus the effects in the world) will change depending on the applicable law (which may in turn be affected by the competent judge), Private International Law is also key for parties to plan their lives in a predictable manner. The importance of private law in “help[ing] write the stories of our lives” (H. Dagan y M. Heller, *The choice theory of contracts*, Cambridge University Press, 2017, p. 1.) has been well studied in private law scholarship. For

A second key feature of Private International Law is its *technicity*. Private International Law has a language of its own, which includes specific vocabulary and complex constructs. Such technicity has either been lamented for the opacity it can generate,²⁰ either praised for its capacity to deal with complex, political situations *as if* they were not political,²¹ but it has rarely been denied.²² Having resort to Private International Law means taking advantage of – or being limited by – its technicity.

Finally, all scholars can agree that Private International Law deals with *difference*. The ‘diversity of systems of private law’ has been used to explain the mere existence of Private International Law:²³ Private international law’s “whole *raison d’être* is to resolve conflicts between different non-universal values without merely superimposing one set of substantive values.”²⁴ As Sabine Corneloup sums it up,

“Although the general assumption of neutrality is no longer valid in modern private international law, it still correctly expresses the idea that divergence between national laws is an accepted fact.”²⁵

Once again, Private International Law’s entanglement with difference – however constructed – is central to its operation.

example, Seana Shiffrin argued that “An autonomous life requires the opportunity to engage in meaningful, moral relations with others,” S.V. Shiffrin, “Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism”, *The Philosophical Review*, 2008, 117, 4, p. 502. Although I do not dig into the importance of private interactions and private (international) law for human flourishing, I do come back to the question of foreseeability later in the article.

²⁰ G.R. Shreve, “Every Conflicts Decision is a Promise Broken Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides”, *Louisiana L. Rev.*, 1999, 60, 4, p. 1346.

²¹ R. Michaels, “Post-critical Private International Law: From Politics to Technique” en *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 66.

²² Despite Private International Law having lost its ‘innocence,’ F. Ragno, “Certainty versus flexibility in the EU choice of law system” en *Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 56.

²³ A. V. M. Struycken, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement General Course on Private International Law (Volume 311)*, Brill, 2004, p. 27, 28.

²⁴ R. Michaels, “Private international law and the question of universal values” en F. Ferrari y D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 176. Similarly, for Henri Batiffol, “Le problème indiscutablement propre à notre discipline est celui des relations entre ordres,” H. Batiffol, “Actualité des intérêts du droit international privé”, *loc. cit.*, p. 34.

²⁵ S. Corneloup, “Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?” en H. Muir Watt y D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 309.

European Private International Law is a technical branch of the law that deals with difference in cases involving private parties. In what follows, I explore how these three features (technicity, difference-focus, and private nature), key characteristics of Private International Law, shape, encourage, or limit the potential for change through Private International Law – this is, whether the help promote change or end up, in fact, preserving the *status quo*.

III. CHANGING THE WORLD THROUGH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The past decades have seen a surge in literature connecting Private International Law to crisis resolution. From climate change to migration, from interconnected financial markets to cyber torts, scholars of Private International Law have attempted to address the urgent issues of our time. They have identified areas that are in need of urgent help and they have explored the ways in which Private International Law can contribute to finding a solution.

Here, I present two areas in which this took place: environmental concerns and human and fundamental rights violations.²⁶ Both areas have experimented great growth in recent decades. Both involve matters widely considered global, or at least larger than any state. And both have been approached by Private International Law scholars with a crisis-solving attitude: recognizing environmental and human right issues as urgent matters requiring immediate action, scholars have embarked on the task of revisiting Private International Law to find in its rules some solution to the challenges they pose.²⁷

All proposals treat Private International Law in similar fashion. They either rely on the *private* dimension of Private International Law interactions and delegate the implementation of public policies to private parties; or they employ the public potential of the discipline to enact public policies across borders. In the next Section, I show how this shapes – and limits – the transformative potential of Private International Law.

²⁶ I address both areas separately, even if they may overlap. Human and fundamental rights, for instance, can be called to intervene in cases of climate emergencies if these involve displacements of population or pose a risk to basic living conditions such as access to water.

²⁷ As a result, proposals on both sides have moved away from neutral conflict rules. This is not to say that rules of Private International Law that are technical are not political. But the proposals to which I refer here are more explicitly policy-oriented. See for example R. Michaels, V. Ruiz Abou-Nigm y H. van Loon (eds.), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, 2022.

1. *Environmental protection*

Recent works explore the links between Private International Law and the environment. The basic intuition is that Private International Law's ability to select the competent jurisdiction and the applicable law can be used to slow down – or reverse – climate change and to prevent future environmental damage.²⁸²⁹ Two paths have been followed to achieve this. On the one hand, making use of the *private* side of Private International Law controversies, some scholars have proposed to use its techniques to achieve some sort of strategic litigation:

“When exploring how private international law may help ‘[t]ake urgent action to combat climate change and its impacts’³⁰ a first possibility that immediately comes to mind is private international climate change litigation (PICCL).”³¹

Here, the aim is twofold. First, these proposals seek to assist parties who have suffered environmental harm by making it easier for them to bring to court whoever caused them damage. Second, they strive to encourage behaviour that is respectful to our environment and deter that which is not – what is often called the ‘principle of prevention.’³² In Europe, the latter aim seems to be more prominent: Art.7 of Rome II Regulation, which allows the ‘person seeking compensation for damage’ to choose the law applicable to the non-contractual obligations “arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage,”³³ has been justified by the European legislator as a means of “raising the general level of environmental protection”³⁴. In other words, Private International Law rules are tailored in a way that, through *private* litigation, they contribute to the *public* goal of avoiding environmental damage and fighting climate change.

²⁸ See generally E. Álvarez-Armas, “SDG 13: Climate action” en R. Michaels, V. Ruiz Abou-Nigm y H. van Loon (eds.), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, 2022.

²⁹ See for example A. Fernández Pérez (ed.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización*, Aranzadi, 2023, cap. 2.

³⁰ UN Sustainable Development Goals 2030, Goal 13.

³¹ E. Álvarez-Armas, “SDG 13: Climate action”, *loc. cit.* 18/01/2024 19:08:00

³² P. Huber, *Rome II Regulation: pocket commentary*, Sellier European Law Pub, 2011, p. 207.

³³ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) 2009 (L 199/40) art. 7.

³⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) 2003 (COM(2003) 427 final) 19.

On the other hand, other scholars have focused on the *public* dimension of these issues more explicitly. For many, the relevance and urgency climate change and environmental damage justify the use of public policy exceptions or overriding mandatory provisions in transnational settings.³⁵ As Mathias Lehmann puts it:

“The essence of private international law in the classic sense has been to apply the rules of private law of the most closely connected state to individual relationships. It must now be broadened to also include the application of the foreign regulatory rules that further global governance.”³⁶

This is, when environmental concerns justify it, the terms of a private relationship may be modified in order to achieve a policy aim: the *private* must yield to the *public* if environmental global governance demands it.

2. Human and fundamental rights

A growing body of literature deals with interactions between Private International Law and human and fundamental rights, too.³⁷ From cross-border labour relations³⁸ to environmental litigation,³⁹ or cross-border surrogacy⁴⁰,

³⁵ In a similar vein, although without express reference to the climate crisis, see R. Wai, “Transnational liftoff and juridical touchdown: The regulatory function of private international law in an era of globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, 40, 2, p. 209.

³⁶ M. Lehmann, “Regulation, global governance and private international law”, *loc. cit.*, p. 30. This includes rules ‘preserving global goods,’ such as “the stability of the climate, the supply of water or the diversity of the fauna” and avoiding global dangers (terrorism, infectious diseases or financial crises that “do not stop at the national border”), *ibid.*, p. 8.

³⁷ Scholars of Human and Fundamental Rights have also increasingly found comfort in Private International Law as a way to implement their ideas. The most notable examples appear in family law, protection of minors, and migration, see for example B. Manby, “‘Legal Identity for All’ and Statelessness”, *The Statelessness & Citizenship Review*, 2020, 2, 2, p. 248-271.

³⁸ M. del P. Diago Diago, “Violación de Derechos Humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, 73, 1, p. 337-344 ; F.J. Zamora Cabot y M.C. Marullo, “Empresas y Derecho Humanos bajo la pandemia: enfoque desde el Derecho Internacional Privado, general y sectores escogidos”, *REDCI*, 2021, 73, 1, p. 345-352.

³⁹ M. Weller y A. Pato, “Local parents as ‘anchor defendants’ in European courts for claims against their foreign subsidiaries in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends”, *Uniform L. Rev.* 2018, 23, 2, p. 397-417.

⁴⁰ In particular, focused on the protection of the human rights of the child. See R. Blauwhoff y L. Frohn, “International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law” en Christophe Paulussen *et al.* (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 211-241.

Private International Law scholarship has made its appearance to try and fight human and fundamental rights violations.⁴¹

Human and fundamental rights interact with Private International Law in the same two ways as environmental protection norms.⁴² On the one hand, they may appear as *private* obligations: for some scholars, human rights should produce ‘horizontal effects:’ private parties – instead of public powers – are expected to comply with human rights obligations.⁴³ Along these lines, a report by European Parliament proposes that cross-border human rights violations committed in supply chains during the Covid-19 pandemic should be awarded extended jurisdiction, and that the injured parties should be given the possibility to choose the applicable law.⁴⁴ Just as in the case of environmental protection, private parties are here both protected as injured parties *and* tasked with enforcing public policies.

On the other hand, human and fundamental rights may enter Private International Law in the form of a public policy exception or constituting an overriding mandatory provision. Since human rights are universal – ‘a right that belongs to every human being merely by virtue of being human’⁴⁵ –, they may modify any cross-border interaction, regardless of the law designated as applicable, in order to ensure their own application⁴⁶.

⁴¹ See generally J.J. Fawcett, M. (Máire T. Ní Shúilleabháin y S. Shah, *Human rights and private international law*, First edition., Oxford University Press, 2016 ; C. Paulussen *et al.*, *Fundamental Rights in International and European Law Public and Private Law Perspectives*, 1st ed. 2016., T.M.C. Asser Press: Imprint: T.M.C. Asser Press, 2016 ; P. Kinsch, “Human rights and private international law” en J. Basedow *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 881-886.

⁴² M. Hirschboeck, “Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law Note”, *Harvard International Law Journal*, 2019, 60, 1, p. 181-200.

⁴³ See for example E. Frantziou, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, 2015, 21, 5, p. 657-679.

⁴⁴ European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, 2021.

⁴⁵ L.G. Binderup, “Universalism and (Cultural) Relativism” en Christina Binder *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar Publishing.

⁴⁶ See generally M.-P. Weller y A. Schulz, “Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?” en E.-M. Kieninger, G. Rühl y J. von Hein (eds.), *How European is European Private International Law: Sources, Court Practice, Academic Discourse*, Intersentia, 2019, p. 285-304. See also G. Comparato, “Public Policy through Private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law”, *European Law Journal*, 2016, 22, 5, p. 621.

When trying to address a crisis, scholars of Private International Law adopt one of two approaches: they either harness the private side of Private International Law and entrust private parties with the implementation of public policies; or they emphasize the discipline's public side and enforce public policies globally. These responses are shaped by the structure of Private International Law – but, as I show in the next Section, they are not always consistent with its key features.

IV. PRIVATE INTERNATIONAL LAW'S POTENTIAL TO RESHAPE THE WORLD

Recent scholarship has sought to produce change through Private International Law. Yet, Private International Law exists in a specific configuration: it deals with private cross-border interactions, it has a technical language and it is tasked handling difference. Scholars must make sure that their proposals are workable within this configuration and compatible with these key features.

Here, I identify two approaches found in literature: on the one hand, some scholars propose to pass the burden of policy enforcement onto private parties, by modifying conflict rules to favour given policy goals. On the other hand, other scholars focus on the public policies and seek to expand their implementation beyond borders, regardless of the competent judge or governing law. I point at the tensions between each of these approaches and the key features of Private International Law listed above. Finally, I explore how these features limit its capacity to induce change.

1. Exploring the private dimension of Private International Law

Some scholars have sought to tackle environmental damage or human rights violations by proposing modifications Private International Law rules on jurisdiction or applicable law. The idea is that improving access to litigation would facilitate victims' reparation and act as a deterrent against potential future offenders. In other words, private interactions across borders would serve as the platform for implementing public policies: the dynamics within a relationship can be adjusted for the sake of public policy, and private parties take on the role of promoting the public values. This carries a risk: that of neglecting the private dimension of the interaction – and of Private International Law.

This can happen in several ways. First of all, the legislator may be exerting undue pressure – or placing excessive trust – on the parties to

make the “correct” choices. Implementing public policies through the action of private parties presupposes that all private parties have access to well-suited legal counsel – which, in certain contexts and for international litigation, may be particularly unlikely. It also presupposes that all parties can discern (and, in fact, that there *is*) a better alternative when they are given a choice amongst different courts or laws, something that critics of the Better Law conflict method in the United States⁴⁷ have strongly called into question⁴⁸.

Secondly, the balance within the relationship can be affected. It is possible to imagine a scenario where the breaching party is, in economic or other respects, weaker than the claimant, particularly considering the transnational nature of these matters. Private International Law rules may give rise to strategic litigation that causes disproportionate harm to a party given their wrongdoing.

More importantly, tasking private parties with public functions may have the effect of *de-privatising* the relationship. On the one hand, some public functions become *privatised*, for their execution is assigned to private parties.⁴⁹ On the other hand, the relationship between the parties becomes *de-privatised*: their interaction ceases, to some extent, to revolve around the parties. Besides the practical implications just listed, one question arises: should private parties be tasked with advancing public aims in their private dealings?⁵⁰ And should they do so even when it affects the balance of their private interactions?⁵¹ Giving precedence to the greater – public – good over

⁴⁷ R.A. Leflar, “Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law”, *New York University Law Review*, 1966, 41, 2, p. 267-327.

⁴⁸ “Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law Notes”, *Harvard Law Review*, 2015, 129, 2, p. 544-565.

⁴⁹ What Alex Mills calls the privatisation of governmental functions, A. Mills, “The Privatisation of Private (and) International Law”, *Current Legal Problems*, 2023.

⁵⁰ This is similar to, but different from, the question that I address later, namely: should a law that is made to address the problems between the parties be used for purposes other than serving the parties?

⁵¹ Modifying rules on jurisdiction or applicable law can have significant consequences on the result of a case, which in turn affects the lives of the parties involved. As Martina Mantovani summarized: “jurisdiction is particularly important as it indirectly determines the applicable procedural law, governing fundamental issues such as the admissibility of the action or the justiciability of the claim. (...) other procedural issues such as the burden of proof, the means and the standard of evidence will play a pivotal role in determining the chances of failure or of success of the action. This means that the choice of forum remains a cornerstone in the litigation strategy of climate change cross-border cases.”

M. Mantovani, *Private International Law and Climate Change: the “Four Islanders of Pari” Case*, <https://eapil.org/2023/01/10/private-international-law-and-climate-change-the-four-islanders-of-pari-case/>, 10 janvier 2023, consulté le 27 juillet 2023. Mantovani was commenting on the *Lliuya* case, an environmental case confronting a Peruvian farmer and German electricity

the fairness of private interactions or the interest of private parties is a key feature of utilitarian thought, often accused of failing to fulfil the Kantian imperative of treating persons as ends on themselves⁵² and of neglecting the “separateness of persons”⁵³. The debate on the matter is extensive, and I do not take a stance here; suffice it to note that scholars who seek to implement public aims through Private International Law should be ready to address these challenges.⁵⁴

2. Making use of the public side of Private International Law

Scholars of Private International Law have also proposed to promote environmental protection and human rights by ensuring that the norms that safeguard them are applied – even in cases with foreign elements or when the governing law does not include such safeguards. The idea is that the reach of certain norms can be expanded beyond national borders through the use of Private International Law rules such as the public policy exception or rules on (overriding) mandatory provisions.

Here again, the private side of Private International Law is weakened. When a public policy exception or an overriding mandatory provision enters a dispute, they change the terms of the interaction and shape the result of the case. The more we favour their application, the greater the risk that legal certainty and foreseeability are compromised.⁵⁵ If parties cannot predict what legal provisions will apply to their private dealings, not only “the basic need for international uniformity” – “the supreme objective of the whole discipline”⁵⁶ – is undermined; parties are also likely to see their interests downplayed for the greater good⁵⁷.

company over the damage caused by the company’s gas emissions in Peru, *Luciano Lliuya v. RWE AG*. Available at <http://climatecasechart.com/non-us-case/liuya-v-rwe-ag/>.

⁵² I. Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals*, tr. fr. de M.J. Gregor y J. Timmermann, Revised edition., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 4:430.

⁵³ J. Rawls, *A theory of justice*, Revised edition., Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 27-29.

⁵⁴ For other criticism, from the impossibility to measure utility to its plain arbitrariness, see M.W. Hesselink, *Justifying contract in Europe: political philosophies of European contract law*, Oxford University Press, 2021, p. 26-29.

⁵⁵ K. Roosevelt III, “Certainty versus flexibility in the conflict of laws” en *Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 6-26.

⁵⁶ J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law (Volume 360)”, *loc. cit.*, p. 42.

⁵⁷ And, as Jürgen Basedow argues, the “claim to legal certainty can in fact be interpreted as flowing from a number of human rights.” *Ibid.*, p. 205.

Additionally, using Private International Law as a means to achieve a specific policy goal entails a certain instrumentalization of the discipline. Instrumentalization is common in other fields of the law; in torts, private law and private parties have repeatedly been employed to achieve policy goals.⁵⁸ In Private International Law, a ‘functionalist approach’⁵⁹ to the discipline has received mixed reviews from scholars; while some authors refer to it as the true “European conflict revolution,”⁶⁰ others decry it as unfair to the parties.⁶¹

Even if we believe Private International Law’s aim is to pursue some objective (whether we believe it serves to coordinate legal systems,⁶² to facilitate private dealings,⁶³ or anything in between),⁶⁴ using conflict rules to further a particular policy goal clashes with its private dimension and its technicality. On the one hand, the private dimension of the discipline is overlooked, for the private interaction becomes subordinated to the implementation of a policy goal. On the other hand, its technical language turns substantive: the choice of law hinges on the law’s content, and the selection of a court depends on its practice.

Finally, some proposals aimed at making the world a better place pose a direct challenge to Private International Law’s treatment of difference. Most scholars would agree that “the particularity of private international law is that it provides coordination methods in order to resolve conflicting legal

⁵⁸ For most authors, all fields of the law are set to fulfil a values, principles, and aims that may contradict each other – including the balancing of both private and public interests. For example, Wilhelmsson lists ‘five dichotomies’ that can be found in private law, amongst which he identifies the dichotomy *protection of parties* versus *protection of other values*, T. Wilhelmsson, “Varieties of Welfarism in European Contract Law”, *European Law Journal*, 2004, 10, 6, p. 712. ‘Other values,’ in fact, include the examples listed here: environmental protection or the protection of human rights.

⁵⁹ “Multilateral choice-of-law rules may, instead of being policy-blind (as in the ‘neutral’ paradigm described in the introduction), follow a functionalist approach.” E. Álvarez-Armas, “SDG 13: Climate action”, *loc. cit.*

⁶⁰ J. Meeusen, “Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution”, *European Journal of Migration and Law*, 2007, 9, 3, p. 287.

⁶¹ S. Peari, “The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law Symposium: What Is Private International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, 23, 3, p. 477-502.

⁶² A. V. M. Struycken, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement General Course on Private International Law (Volume 311)*, *op. cit.*

⁶³ S.C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 110.

⁶⁴ In fact, one “may hesitate whether to classify [certain rules] into the category of ‘public law’ or ‘private law’.” M. Lehmann, “Regulation, global governance and private international law”, *loc. cit.*, p. 5.

pluralism."⁶⁵ Many would also agree that Private International Law's *prime element* is the respect to the foreign.⁶⁶ Yet, some tools of Private International Law, such as overriding mandatory rules, are used to safeguard national interests or values beyond national borders – thus imposing national conceptions of what is right abroad, undermining difference and plurality. This can carry a series of problems. Applying foreign law to people who did not have the possibility to shape it raises questions about the legitimacy of doing this;⁶⁷ imposing one's law over another's causes problems of comity – in particular given that foreign overriding mandatory provisions are given the same treatment.⁶⁸ The exceptional nature of the public policy exception and overriding mandatory rules may attest to their problematic character.⁶⁹

Things get even trickier when scholars speak of 'international public policy' or other forms of public policies that go beyond borders.⁷⁰ This is the case of Hanoch Dagan and Avihay Dorfman's proposal for interpersonal human rights,⁷¹ where they propose to use Private International Law's public policy exception to ensure "a floor of just relationships."⁷² Even though they rely on a *jus gentium privatum* or 'private law of mankind'⁷³ rather than on a national idea of justice, their proposal would have to face the challenges presented above.⁷⁴ All these approaches should be mindful

⁶⁵ S. Corneloup, "Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?", *loc. cit.*, p. 308.

⁶⁶ "[R]espect de l'étranger, élément premier de la justice en droit international privé," H. Batiffol, "Actualité des intérêts du droit international privé", *loc. cit.*, p. 25.

⁶⁷ And probably a theory of 'voluntary submission' is just not enough to cover it, S. Peari, "Savigny's Theory of Choice-of-Law as a Principle of Voluntary Submission", *University of Toronto Law Journal*, 2014, 64, 1, p. 106-151.

⁶⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 2008 (L 177/6) art. 9(3).

⁶⁹ See generally E.G. Lorenzen, "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws", *The Yale Law Journal*, 1924, 33, 7, p. 736 ; I. Thoma, "Public policy (ordre public)" en Jürgen Basedow *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1454-1460.

⁷⁰ This is not to say that global problems should not look for global solutions. But scholars who do should be ready to face the challenges here presented – and many more raised by critical literature, see for example L. Salaymeh, "Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2022, 86, 1, p. 166-188.

⁷¹ H. Dagan y A. Dorfman, "Interpersonal Human Rights", *Cornell International Law Journal*, 2018, 51, 2, p. 361-390.

⁷² *Ibid.*, p. 373.

⁷³ The content of which is to be found through judicial practice or 'dialogue between courts', *Ibid.*, p. 377.

⁷⁴ Arguing that human rights are "hardly suitable for the direct regulation of relationships between private parties," M. Jagielska y M. Jagielski, "Are consumer rights human rights?" en

of falling back into the conception that “uniform substantive law is to be promoted as a solution for the eternal Private International Law problem of diversity of systems of national substantive law”⁷⁵ without having an appropriate answer to valid concerns of imperialism or neocolonialism.⁷⁶ After all, the tension created by diversity itself may be inherent to Private International Law. As Mark Hirschboeck puts it,

“These questions may ultimately stem from a fundamental point of tension between private international law and international human rights law. Private international law is premised on the existence of diversity; it provides a set of tools for navigating differences (such as comity) and permits national parochialism only in rare cases (such as the public policy exception). Human rights law, in contrast, holds out hopes for global normative convergence, likewise with limited exceptions”⁷⁷.

3. *The limits of European Private International Law*

The tensions that I just listed pose a challenge to the idea of achieving change through Private International Law: since Private International is currently technical, difference-focused, and inevitably private, it can only bring about change within the limits imposed by these features.⁷⁸ In Europe, in addition, there is one more limit that derives not from the nature of Private International Law but from its legal configuration in the European Union: it is market-oriented.

European Private International Law Regulations have their legal basis in Art.65 of the Treaty establishing the European Community (TEC)⁷⁹ – now Art.81 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁸⁰ –, whereby “the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, *particularly*

James Devenney y Mel Kenny (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 345.

⁷⁵ A. V. M. Struycken, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement General Course on Private International Law (Volume 311)*, *loc. cit.*, p. 27, 28.

⁷⁶ L. Salaymeh, “Decolonial Comparative Law”, *loc. cit.*

⁷⁷ M. Hirschboeck, “Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law Note”, *loc. cit.*, p. 199.

⁷⁸ The question *can technical language lead to any revolution at all?* has been central to much of Private International Law scholarship. The “conflict revolution”, often interpreted as a rejection of ‘blind,’ technical conflict rules, has dealt with it extensively, see S.C. Symeonides, *The American choice-of-law revolution*, *op. cit.* Here, it is enough to say that, if we take technicality to be a key feature of Private International Law, we should take this challenge seriously.

⁷⁹ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997E/TXT&rid=1>

⁸⁰ Recital 2 Rome I Regulation.

when necessary for the proper functioning of the internal market.” [emphasis added]. Private International Law’s ‘broader aim’ has been described to be “the facilitation of trade in the international level and the international harmony of decisions.”⁸¹ As a result, Private International Law in Europe has become populated by what Marija Bartl labels the ‘neo-liberal rationality’ of the European Union:⁸² for her, concepts such as ‘internal market’ or ‘free movement’ set “a linguistic framework in which the EU political rationality could develop over time” – a linguistic framework which “justif[ies] the existence of the functionalist entity itself”⁸³ and that shapes everything, from the way in which the European Court of Justice interprets European law⁸⁴ to the way we see the world.⁸⁵ If Private International Law is to work within this market rationality, its revolutionary potential is significantly weakened.⁸⁶

Private International Law is technical, difference-oriented, private-focused, and, in Europe, it follows a market rationality. Any attempts to achieve change through Private International Law must take these limitations into account, and merely adapting existing rules to new

⁸¹ J.-J. Kuipers, *EU law and private international law: the interrelationship in contractual obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 11. There are many manifestations of this. The most evident is party autonomy, the possibility to choose the applicable law to a cross-border situation, which feeds from, and into, the neo-liberal discourse of freedom of choice and serves to contribute maintaining and strengthening a market society, H. Muir Watt, “Conclusion: Empire through contract: A private international law perspective” en *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, Routledge, 2017, p. 278. The centrality of party autonomy in European Private International Law, in what it puts great focus on the individual, is also a strong argument against this kind of regulation through PIL.

⁸² M. Bartl, “Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political”, *European Law Journal*, 2015, 21, 5, p. 573 ; M. Bartl, “Internal market rationality: In the way of Re-Imagining the future”, *European Law Journal*, 2018, 24, 1, p. 100-103. Bartl builds her account on literature of political rationalities, that she traces back to Foucault, and institutionalism; further references in *Ibid.*, p. 103-104.

⁸³ M. Bartl, “Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union”, *loc. cit.*, p. 576.

⁸⁴ As argued by Scharpf, F.W. Scharpf, “The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a ‘social market economy’”, *Socio-Economic Review*, 2010, 8, 2, p. 211-250.

⁸⁵ M. Bartl, “Internal market rationality”, *loc. cit.*, p. 105. Or, as Katherina Pistor puts it, Pistor: “capital is coded in law,” K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and inequality*, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁶ Muir Watt refers to an “overly technical, market-driven, or dogmatic private international law,” H. Muir Watt, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate” en H. Muir Watt y D.P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 2.

situations may not be enough to bring about real change. Here, the enquire broadens: rather than focusing solely on the compatibility of new proposals with existing rules or principles, we should also inquire whether the current system of Private International Law can effectively tackle transnational crises at all. Do conflict rules have the capacity to produce meaningful change? In other words: can Private International Law produce a revolution?.

V. A CONCLUSION? CHANGING PRIVATE INTERNATIONAL LAW TO CHANGE THE WORLD

Matthias Lehmann prompts us to go back to the most basic aim of Private International Law: to solve day-to-day problems created by the existence of different national laws. "In this more modest ambition" – he adds – "private international law has been tremendously successful."⁸⁷ Whether we share this conclusion,⁸⁸ we must acknowledge the intuition behind it: the ontological commitments of a discipline shape what that discipline can do. If we stick to a version of Private International Law as the one we currently have in Europe – private, technical, diverse, based on a market rationality – , then it is hard to imagine that its tools would lead to a great revolution. Any change would have to be done within the limits of what market-oriented, private, and technical discipline allows.⁸⁹ As a result, the work of many scholars consists in examining how existing techniques of Private International Law can encompass novel situations and new technologies,⁹⁰

⁸⁷ M. Lehmann, "Regulation, global governance and private international law", *loc. cit.*, p. 2.

⁸⁸ Lehmann himself opposes his view to that of scholars of global governance, in particular H. Muir Watt, "Private International Law beyond the Schism", *Transnational Legal Theory*, 2011, 2, 3, p. 347-428; L. Carballo Piñeiro y X. Kramer, "The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge", *Erasmus Law Review*, 2014.

⁸⁹ With all the issues that this may entail listed above, namely privatisation of public policies, instrumentalization of private law, harmonisation of substantive policies, and marketization.

⁹⁰ Including exception situations as was the covid-129 pandemic, where these articles proliferated quickly. Scholars explored, for example, how covid-19 restrictions could be considered overriding mandatory rules in the terms of Europe's Rome I Regulation ("Rome I Regulation", *loc. cit.*), P. de Miguel Asensio, "Medidas de emergencia y contratos internacionales", 2020. For a list of relevant publications of a similar type, see R. Michaels y J. Olbing, *Corona and Private International Law: A Regularly Updated Repository of Writings, Cases and Developments*, 2020, disponible en <https://conflictoflaws.net/2020/corona/>

The fact that this is was found to be doable may go against my analysis that there is a change of paradigm – but not really, for I argue that what really changes is the way in which, the intention with which, these tools and PIL in general are used. Come back to this later.

that are "no more than a specific application to a given context of general principles of private international litigation."⁹¹

Despite the importance of these studies, the analysis that precedes makes it evident that, in order for Private International Law to play a significant role in the transnational crises, it must undergo a much more substantial transformation. The change that is provoking a change in Private International Law – this is, the reason why scholars attempt to reshape the discipline in order to address significant contemporary issues – is a change that is greater than Private International Law itself. It relates to matters of global political economy, and the questions it raises are closely connected to the role of the law in a capitalist, global society.⁹² The only way to address this sort of changes is to engage in deeper political and philosophical discussions, even when dealing with Private International Law and transnational litigation. As Horatia Muir Watt has argued, since "the whole concept of law, norm and subjectivity is undergoing radical change,"⁹³ then Private International Law may need great change too:

"At best, when framed as issues of conflict of laws, the legal tools made available are inadequate. Some may argue that this is merely a question of technical adjustment. However, it could also be the result of a more radical failure to fathom the depth of the social and political changes afoot."⁹⁴

Some scholars are working in that direction. Muir Watt declares on her latest book that one of her goals in it is to challenge "humanity's 'ontological privilege' over nature."⁹⁵ Daniel Bonilla Maldonado challenges the fundamental assumptions behind comparative law and the idea of 'legal hybrids' by focusing on the rights of nature.⁹⁶ Verónica Ruiz Abou-Nigm address similar questions in matters of migration.⁹⁷ Ralf Michaels, on the

⁹¹ E. Álvarez-Armas, "SDG 13: Climate action", *loc. cit.*

⁹² See discussions on transnational law – which, however, remain outside of the scope of this article.

⁹³ H. Muir Watt, "Globalization and private international law" en J. Basedow *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 851.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 848.

⁹⁵ H. Muir Watt, *The Law's Ultimate Frontier: Towards an Ecological Jurisprudence* (Hart 2023) 6.

⁹⁶ This is of course part of a larger trend in the Law, See for example D. Bonilla Maldonado, "Global Legal Pluralism and the Rights of Nature", *Max Planck Private Law Research Paper No. 23/15*, 2023, disponible en: Bonilla Maldonado, Daniel, Global Legal Pluralism and the Rights of Nature. The Rights of Nature and Global Legal Pluralism, Daniel Bonilla Maldonado, Ralf Michaels, eds., Forthcoming, Max Planck Private Law Research Paper No. 23/15, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4510374>.

⁹⁷ V. Ruiz Abou-Nigm, "Unlocking private international law's potential in global (migration) governance", en *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 196-213.

other hand, argues that it is possible to remodel the discipline while keeping some of its key features – in particular, technique.⁹⁸ Yet, he still argues, as other scholars do, in favour of modifying the way in which difference is handled: difference for them be guided by specific “ethic of responsivity, cultural humility, and intercultural competence,”⁹⁹ or one of hospitality.¹⁰⁰ Whether this rethinking of the discipline is enough – or even workable at all¹⁰¹ – remains to be seen. For now, the first step to change is becoming aware of the limits of the tools employed to bring about change. Unless there is a deeper revision of the discipline, it will be hard to speak of revolution *through* conflicts.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Armas, E., “SDG 13: Climate action” en Ralf Michaels, Ruiz Abou-Nigm, V., van Loon, H. (eds.), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, 2022.
- Bartl, M., “Internal market rationality: In the way of Re-Imagining the future”, *European Law Journal*, 2018, 24, 1, pp. 99–115.
- Bartl, M., “Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political”, *European Law Journal*, 2015, 21, 5, pp. 572–598.
- Basedow, J., “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law (Volume 360)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2013.

⁹⁸ R. Michaels, “Post-critical Private International Law”, *loc. cit.*; R. Michaels, “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws” en P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 628-648. Michaels argues we can use technique for critical purposes: : “Technicality, counterintuitively, becomes a tool in the hand of the critical analyst,” *Ibid.*, p. 644. Paul Schiff Berman argues that “when deference is impossible (because substantive agreement about norms is impossible), we may at least be able to develop a legal language in which the negotiation of difference can take place” – the technical language of Private International Law, P.S. Berman, “Conflict of Laws and the Legal Negotiation of Difference” en A. Sarat, L. Douglas y M.M. Umphrey (eds.), *Law and the Stranger*, Stanford University Press, 2010, p. 170. Others argue that technicity is needed due to the complexity of the subject with which Private International Law deals, G.R. Shreve, “Every Conflicts Decision is a Promise Broken Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law”, *loc. cit.*, p. 1348.

⁹⁹ R. Michaels, V. Ruiz Abou-Nigm, *op. cit.* See also R. Michaels, “Private International Law as an Ethic of Responsivity” en V. Ruiz Abou-Nigm y M.B. Noodt Taquela (eds.), *Diversity and integration in private international law*, Edinburgh University Press, 2019.

¹⁰⁰ H. Muir Watt, “Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference”, *Current Legal Problems*, 2017, 70, 1, p. 111-147.

¹⁰¹ *Contra* M. Lehmann, “Regulation, global governance and private international law”, *loc. cit.*, p. 2.

- Batiffol, H., “Actualité des intérêts du droit international privé”, en Bernstein, H., Drobnig, U., Zweigert, K., Kötz, H. (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Mohr, 1981, pp. 23–35.
- Berman, P. S., “Conflict of Laws and the Legal Negotiation of Difference”, en Sarat, A., Douglas, L., Umphrey, M. M. (eds.), *Law and the Stranger*, 1^a ed., Stanford University Press, 2010, pp. 141–179.
- Binderup, L. G., “Universalism and (Cultural) Relativism” en Binder, C., Nowak, M., Hofbauer, J. A., Janig, P. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar Publishing.
- Blauwhoff, R., Frohn, L., “International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law” en Paulussen, C., Takacs, T., Lazić, V., Van Rompuy, B. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 211–241.
- Bollée, S., “Thoughts on the Dallah Case: The hypothesis of the indeterminacy of the legal system” en Muir Watt, H., Bíziková, L., Brandão de Oliveira, A., Fernández Arroyo, D. (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 342–349.
- Bomhoff, J., “The Reach of Rights: The Foreign and the Private in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements Transdisciplinary Conflict of Laws”, *Law and Contemporary Problems*, 2008, 71, 3, pp. 39–72.
- Bonilla Maldonado, D., “Global Legal Pluralism and the Rights of Nature”, *Max Planck Private Law Research Paper No. 23/15*, 2023.
- Carballo Piñeiro, L., Kramer, X., “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, 2014, pp. 109–112.
- Comparato, G., “Public Policy through Private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law”, *European Law Journal*, 2016, 22, 5, pp. 621.
- Corneloup, S., “Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?” en Muir Watt, H., Fernández Arroyo, D. (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 302–318.
- Dagan, H., Dorfman, A., “Interpersonal Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 2018, 51, 2, pp. 361–390.
- Dagan, H., Heller, M., *The choice theory of contracts*, Cambridge University Press, 2017.
- De Miguel Asensio, P., “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, 2020.
- Diago Diago, M.^a P., “Violación de Derechos Humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, 73, 1, pp. 337–344.
- Fawcett, J. J., Ní Shúilleabháin, M., Shah, S., *Human rights and private international law*, 1^a ed., Oxford University Press, 2016.
- Fernández Pérez, A. (ed.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización*, Aranzadi, 2023.
- Frantziou, E., “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, 2015, 21, 5, pp. 657–679.
- Garin, V., “An Account of Private International Law in terms of Relativism”, Mohr Siebeck, Forthcoming.

- Hesselink, M. W., *Justifying contract in Europe: political philosophies of European contract law*, Oxford University Press, 2021.
- Hirschboeck, M., "Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law Note", *Harvard International Law Journal*, 2019, 60, 1, pp. 181–200.
- Huber, P., *Rome II Regulation: pocket commentary*, Sellier European Law Pub (coll. "Pocket commentaries."), 2011.
- Jagielska, M., Jagielski, M., "Are consumer rights human rights?" en Devenney, J., Kenny, M. (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 336–353.
- Kant, I., *Groundwork of the metaphysics of morals*, tr. de M.J. Gregor, J. Timmermann, Revised edition, Cambridge, Cambridge University Press (col. "Cambridge texts in the history of philosophy"), 2012.
- Kinsch, P., "Human rights and private international law" en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., de Miguel Asensio, P. A. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 881–886.
- Knop, K., "Lorimer's Private Citizens of the World. The European Tradition in International Law: James Lorimer", *European Journal of International Law*, 2016, 27, 2, pp. 447–476.
- Kuipers, J. J., *EU law and private international law: the interrelationship in contractual obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Kupelyants, H., "Just pick one? Reasons for a lamentable divergence" en Muir Watt, H., Bízíková, L., Brandão de Oliveira, A., Fernández Arroyo, D. (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 333–342.
- Leflar, R. A., "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law", *New York University Law Review*, 1966, 41, 2, pp. 267–327.
- Lehmann, M., "Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle", *Journal of Private International Law*, 2020, 16, 1, pp. 1–30.
- Leible, S. (ed.) *General principles of European private international law*, Wolters Kluwer: Kluwer Law International B.V., 2016.
- Lipstein, K., "The General Principles of Private International Law (Volume 135)", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972.
- Lorenzen, E. G., "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws", *The Yale Law Journal*, 1924, 33, 7, pp. 736–751.
- Bronwen, M., "Legal Identity for All' and Statelessness", *The Statelessness & Citizenship Review*, 2020, 2, 2, pp. 248–271.
- Mantovani, M., *Private International Law and Climate Change: the "Four Islanders of Pari" Case*, <https://eapil.org/2023/01/10/private-international-law-and-climate-change-the-four-islanders-of-pari-case/>, 10 enero 2023.
- Marinai, S., *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Giappichelli, 2007.
- Marzal, T., Pavlakos, G., "A Relations-First Approach to Choice of Law" en Banu, R., Green, M., Michaels, R. (eds.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, Oxford University Press, Oxford University Press, Forthcoming.

- Meeusen, J., “Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution”, *European Journal of Migration and Law*, 2007, 9, 3, pp. 287–305.
- Michaels, R., “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws” en Berman, P. S. (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, pp. 628–648.
- Michaels, R., “Private international law and the question of universal values” en Ferrari, F., Fernández Arroyo, D. (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 148–177.
- Michaels, R., “Private International Law as an Ethic of Responsivity” en Ruiz Abou-Nigm, V., Noodt Taquela, M.³ B. (eds.), *Diversity and integration in private international law*, Edinburgh University Press, 2019.
- Michaels, R., “A Symmetry of Asymmetries: A Private–International–Law Reconstruction of Lindahl’s Work on Boundaries”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2018, 29, 3, pp. 405–422.
- Michaels, R., “Post-critical Private International Law: From Politics to Technique” en *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Michaels, R., Olbing, J., *Corona and Private International Law: A Regularly Updated Repository of Writings, Cases and Developments*, <https://conflictoflaws.net/2020/corona/>, 16 mayo 2020.
- Michaels, R., Ruiz Abou-Nigm, V., van Loon, H. (eds.), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, 2022.
- Mills, A., “The Privatisation of Private (and) International Law”, *Current Legal Problems*, 2023, pp. 75–128.
- Mills, A., “The confluence of public and private international law” en Mills, A. (ed.), *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 211–297.
- Muir Watt, H., “Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference”, *Current Legal Problems*, 2017, 70, 1, pp. 111–147.
- Muir Watt, H., “Globalization and private international law” en Basedow, H., Rühl, G., Ferrari, F., de Miguel Asensio, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 846–852.
- Muir Watt, H., “Conclusion: Empire through contract: A private international law perspective” en *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, Routledge, 2017.
- Muir Watt, H., “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate” en Muir Watt, H., Fernández Arroyo, D. (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 2–19.
- Muir Watt, H., “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, 2011, 2, 3, pp. 347–428.
- Neylan, K. M., “Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law Notes”, *Harvard Law Review*, 2015, 129, 2, pp. 544–565.
- Paulussen, C., Tamara, T., Lazić, V., Van Rompuy, B., *Fundamental Rights in International and European Law Public and Private Law Perspectives*, 1^a ed., 2016, T.M.C. Asser Press.

- Peari, S., "Savigny's Theory of Choice-of-Law as a Principle of Voluntary Submission", *University of Toronto Law Journal*, 2014, 64, 1, pp. 106-151.
- Peari, S., "The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law Symposium: What Is Private International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, 23, 3, pp. 477-502.
- Pistor, K., *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and inequality*, Princeton University Press, 2019.
- Ragno, F., "Certainty versus flexibility in the EU choice of law system" en Fernández Arroyo, D., Ferrarri, F. (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 27-69.
- Rawls, J., *A theory of justice*, Revised edition., Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Roosevelt III, K., "Certainty versus flexibility in the conflict of laws" en Fernández Arroyo, D., Ferrarri, F. (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 6-26.
- Ruiz Abou-Nigm, V., "Unlocking private international law's potential in global (migration) governance" en *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 196-213.
- Salaymeh, L., "Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2022, 86, 1, pp. 166-188.
- Scharpf, F. W., "The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy'", *Socio-Economic Review*, 2010, 8, 2, pp. 211-250.
- Shiffrin, S. V., "Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism", *The Philosophical Review*, 2008, 117, 4, pp. 481.
- Shreve, G. R., "Every Conflicts Decision is a Promise Broken Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides", *Louisiana Law Review*, 1999, 60, 4, pp. 1345-1352.
- Symeonides, S. C., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014.
- Symeonides, S. C., *The American choice-of-law revolution: past, present and future*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Symeonides, S. C., "Material justice and conflicts justice in choice of law" en Borchers, P. J., Zekoll, J. (eds.), *International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers, 2001.
- Thoma, I., "Public policy (ordre public)" en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., de Miguel Asensio, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1454-1460.
- Struycken, A. V., *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement General Course on Private International Law (Volume 311)*, Brill, 2004.
- Wai, R., "Transnational liftoff and juridical touchdown: The regulatory function of private international law in an era of globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, 40, 2, pp. 209-274.
- Weller, M., Pato, A., "Local parents as 'anchor defendants' in European courts for claims against their foreign subsidiaries in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends", *Uniform Law Review*, 2018, 23, 2, pp. 397-417.

- Weller, M. P., Schulz, A., "Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?" en Kieninger, E. M., Rühl, G., von Hein, J.(eds.), *How European is European Private International Law: Sources, Court Practice, Academic Discourse*, Intersentia, 2019, pp. 285–304.
- Wilhelmsson, T., "Varieties of Welfarism in European Contract Law", *European Law Journal*, 2004, 10, 6, p. 712–733.
- Yntema, H. E., "The Objectives of Private International Law", *Canadian Bar Review*, 1957, 35, 6, pp. 721–742.
- Zamora Cabot, F. J., Marullo, M^a. C., "Empresas y Derecho Humanos bajo la pandemia: enfoque desde el Derecho Internacional Privado, general y sectores escogidos", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, 73, 1, pp. 345–352.

DOCUMENTACIÓN

- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 2008 (L 177/6).
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) 2009 (L 199/40).
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) 2003 (COM(2003) 427 final).
- European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, 2021.
- Caso No. 2 O 285/15, *Luciano Lliuya v. RWE AG*, Essen Oberlandesgericht

Recibida: 29 junio 2023
Aceptada: 28 julio 2023

Sobre la oportunidad (y necesidad) de una reforma del sistema interno de Derecho interregional

Saioa GOYENECHÉ ECHEVERRÍA*

SUMARIO. I. Introducción: la evolución hacia un sistema dual. II. Un sistema conflictual complejo e incoherente. III. Sobre el mantenimiento de un sistema conflictual unitario. 1. Los diversos obstáculos técnicos de la aplicación de los instrumentos europeos e internacionales a los conflictos internos de leyes. 2. La difícil proyección de la conexión residencia habitual sobre el tráfico interno. 3. Soluciones incompatibles con los principios vertebradores del Derecho de la Unión Europea. IV. Sobre el establecimiento de un sistema autónomo. 1. Cuestiones formales. 2. Una reforma sustancial. V. Consideraciones finales.

RESUMEN: El ordenamiento jurídico español carece de un verdadero sistema de Derecho Interregional. La dispersión de la norma de conflicto, especialmente a raíz de la irrupción de normas europeas, ha transformado la estructura interna de nuestro sistema de Derecho internacional privado, basado en el principio de unidad de soluciones. Dicha fragmentación de fuentes es la que precisamente hace decaer la efectividad de la solución arbitrada para resolver los conflictos internos de leyes generando incertidumbre y ausencia de previsibilidad, ambos adicionalmente incrementados por el crecimiento significativo de la pluralidad normativa interna. El sistema conflictual español debe por tanto ser reformado para, abandonando la pretensión de establecer un sistema unitario o común para todas las categorías de conflictos de leyes mediante la aplicación de los puntos de conexión del Derecho internacional privado a los conflictos internos de leyes, reforzar las ventajas y resolver los problemas propios de la vecindad civil, como clave de bóveda del sistema.

PALABRAS CLAVE: SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL, UNIDAD DE SOLUCIONES, VECINDAD CIVIL, REFORMA AUTÓNOMA, AUTONOMÍA CONFLICTUAL

On the timeliness (and the need) of a reform of the internal system of inter-regional law

ABSTRACT: *The Spanish legal system lacks a true system of interregional law. The dispersion of the conflict rule, especially as a result of the irruption of European rules, has transformed the internal structure of our system of private international law, based on the principle of unity of solutions. This fragmentation of sources is precisely what causes the effectiveness of the arbitrated solution to resolve conflicts of laws, generating uncertainty and a lack of predictability, both of which are further increased by the significant growth of the plurality of internal rules. The Spanish conflict*

* Profesora interina de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

system must therefore be reformed in order to, abandoning the pretension of establishing a unitary or common system for all categories of conflicts of laws, by applying the criteria used in private international law to internal conflicts of laws, reinforce the advantages and resolve the problems of the civil abode as the keystone of the system.

KEYWORDS: SYSTEM OF INTERREGIONAL LAW, UNITY OF SOLUTIONS, CIVIL ABODE, AUTONOMOUS REFORM, CONFLICTUAL AUTONOMY

I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN HACIA UN SISTEMA DUAL

1. El ordenamiento jurídico español se sitúa en el grupo de ordenamientos estatales complejos, al coexistir diversas legislaciones civiles forales especiales junto con el Derecho común. Los conflictos interregionales o incluso interlocales producidos en su seno exigen una solución adecuada que proporcione seguridad jurídica al sistema.

2. Aunque es una de las reservas competenciales estrictas del Derecho civil común o estatal, conforme al art. 149.1.8 de la Constitución, lo cierto es que el Código Civil no prevé un sistema propio de resolución de conflictos internos de leyes, más allá de delinear principios muy elementales. En ausencia de una específica ley de Derecho interregional, la estructura interna de nuestro sistema jurídico de solución de conflictos internos gira, casi de forma exclusiva, en torno al art. 16 del Código, cuyas líneas básicas, con ciertas excepciones, se articulan sobre la base de un principio de remisión a normas de DIPr. El art. 16, ap. 1.1º Cc dispone que:

“Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.”

3. Es pues explícito y evidente que el legislador de la época, aunque decidió establecer el criterio de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles¹, pretendía que los conflictos internos de leyes se resolvieran mediante la aplicación de las mismas normas aplicadas a los resueltos por las de Derecho internacional privado. El citado precepto permanece vigente e inalterado a día de hoy. Para ser precisos, este principio de remisión a las normas de resolución de conflictos internacionales se estableció en 1974, paradójicamente, en una época en la que los conflictos de leyes internos se producían con mayor frecuencia que

¹ Art.14.1º Cc.

los conflictos de leyes internacionales. Al ser el legislador estatal el único competente para elaborar tanto las normas para resolver los conflictos de leyes, como las leyes sustanciales (incluso regionales), aplicables a todos los casos, estos se resolvían de manera uniforme. Esta uniformidad garantizaba un alto grado de previsibilidad de las soluciones². Pero, obviamente, limitaba la autonomía y el desarrollo de estos Derechos civiles “regionales” (forales o especiales). A su vez, el desarrollo de los Derechos forales especiales, tras la promulgación de la Constitución de 1978 multiplicó las hipótesis de conflictos de leyes, pero en la medida en que el legislador estatal permaneció como el único competente para regular los conflictos de leyes, el sistema pudo asumir esa mayor conflictividad entre diferentes soluciones sustanciales, dentro del esquema previsto en 1974.

4. En la actualidad, sin embargo, el principio de extensión de las soluciones previstas para los conflictos internacionales a los conflictos internos planteado en el Título Preliminar Cc se ha quebrado como consecuencia de la proliferación de normas de conflicto europeas. El Derecho de la Unión Europea desempeña actualmente un papel fundamental en el desarrollo de las normas de Derecho internacional privado. Como consecuencia de la internacionalización de las normas y de la europeización de la materia, la mayoría de las normas previstas para resolver los conflictos de leyes, al menos las aplicables en materia civil, emanan del legislador europeo. La reserva estatal para regular las normas de conflicto en materia civil se ha visto, de esta manera, fuertemente desplazada.

5. En España, se ha debatido mucho acerca de si la remisión a las normas de Derecho internacional privado debía entenderse como únicamente a las normas de Derecho internacional privado de fuente nacional o a las normas convencionales y europeas³. Es un debate todavía inconcluso, que el legislador estatal (único competente para hacerlo) ha rehusado de momento zanjar, más que parcial y sectorialmente. En su lugar, el legislador español, aun manteniendo el principio de identidad de las soluciones

² En tal sentido, *vid.* S. Álvarez González, “Derecho interregional. Claves para una reforma”, *AEDIPr*, t. III, 2003, p. 85.

³ Sobre los matices de este debate, *vid.* entre otros, J. Delgado Echeverría, “Comentario al art. 16 Cc.”, en J.J Rams Albesa, R. M Moreno Flórez, *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*, Barcelona, 2000, pp. 419 – 436 ; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed, Madrid, 1996, p. 106; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2016, 16ª ed., p. 62; L. Garau Juaneda, “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2, 2015, p. 74; M.E. Zabalo Escudero, “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 3, Zaragoza, 2016, p. 64; N. Magallón Elósegui, “El reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos”, en VV.AA, *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao, 2016, p. 294.

aplicables a los conflictos de leyes internacionales e internos, formalmente recogido en el art. 16.1º Cc antes transcrito, ha decidido recientemente incorporar, al Capítulo IV del Título Preliminar del Código y por remisión, las normas de conflicto de fuente internacional recogidas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁴, pero, también, las previstas por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁵. Así, a tenor de lo dispuesto en los nuevos aps. 4, 6 y 7 del art. 9, modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁶, y 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 jurídica⁷ y en virtud de este principio de identidad de soluciones, estas normas de fuente convencional se aplicarán, por tanto, también a los conflictos internos de leyes.

6. El sistema español de Derecho interregional ya no puede por tanto considerarse como unitario, tampoco en cuanto a sus normas para la resolución de conflictos internos de leyes, a pesar de que tanto la reserva competencial estatal como el principio de identidad de soluciones conserven su vigencia. La fragmentación del sistema de fuentes, causada por la incorporación por referencia al sistema de solución de conflictos internos de una serie de convenios internacionales y la entrada en vigor de las normas europeas de conflicto de leyes contenidas en los sucesivos Reglamentos adoptados en ámbitos básicamente adscritos al Derecho de familia y sucesiones, ha transformado la estructura interna de nuestro sistema de Derecho internacional privado. La mayoría de las normas para resolver los conflictos de leyes internacionales, al menos las aplicables en materia civil, emanan ya del legislador europeo, mientras que las normas de

⁴ Art.9.4º y 6º Cc.

⁵ Art. 9.7º Cc.

⁶ BOE 29.7.2015. En la exposición de motivos de la citada ley, se establece que “se reforman, en primer lugar, las normas de Derecho internacional privado, en concreto los aps. 4, 6 y 7 del art. 9, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal”.

⁷ BOE 3.7.2021. Esta ley modifica la redacción del art. 9.6º Cc sustituyendo el término de “protección de personas mayores de edad” por el de “medidas de apoyo para personas con discapacidad”. La introducción de esta nueva norma de conflicto en materia de discapacidad está generando conflictos internos de leyes. *Vid.* por ejemplo AAP Barcelona 18ª, nº. 87/2022 de 16 de marzo (ECLI:ES:APB:2022:5500).

fuentes nacionales son hoy minoritarias (y de aplicación subsidiaria a las europeas, de carácter preferente en virtud del principio de primacía).

7. Ante esa realidad, aunque haya sido formalmente mantenido tal cual se concibió en origen, el sistema español de resolución de conflictos internos ha evolucionado *de facto* así hacia un sistema dual. Al mantener, por un lado, las normas de Derecho internacional privado del Código civil para los casos en que las soluciones convencionales y europeas no sean aplicables a situaciones puramente internas, y al consagrar, por otro lado, las soluciones previstas por las normas convencionales o europeas mediante la “incorporación por remisión”,⁸ el sistema establece una distinción entre las soluciones previstas para resolver conflictos internacionales y las aplicables a los conflictos internos de Derecho, aunque diga mantener las mismas soluciones para ambas⁹.

II. UN SISTEMA CONFLICTUAL COMPLEJO E INCOHERENTE

8. Ciertamente, esas normas emanadas del legislador europeo tienen por misión primordial el facilitar la resolución de conflictos de leyes en el seno de la Unión Europea. Pero la heterogeneidad de las fuentes normativas dificulta la tarea del operador jurídico a la hora de identificar el régimen jurídico aplicable, en particular cuando el caso vincula a un Estado plurilegislativo. El jurista debe seleccionar la normativa aplicable entre varios bloques normativos potencialmente aplicables: el Derecho internacional privado europeo; el Derecho internacional privado convencional (un bloque normativo con interacciones más complejas entre normas convencionales y las pertenecientes al ámbito del derecho institucional europeo); el Derecho internacional privado europeo aplicable por remisión a los litigios internos; y, por último, las normas de fuentes nacionales, que se aplican tanto en los litigios internacionales en ámbitos que no han sido objeto de regulación internacional¹⁰, como en determinados litigios internos. El operador jurídico debe así enfrentarse a la proliferación de las normas de conflicto de leyes, previstas para resolver tanto los conflictos internacionales como los internos.

⁸ Al respecto, *vid.* 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*, 2021, nº 38, p. 44.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Vid.* J.J. Álvarez Rubio, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español”, *loc. cit.*, p. 43.

9. A estos factores cabría añadir la creciente complejidad derivada de la extensión de la pluralidad interna¹¹ y de los conflictos normativos competenciales internos. El crecimiento de la pluralidad interna, fruto de la propia redacción del art. 149.1.8 del texto constitucional que no se limita a reconocer los Derechos civiles especiales, sino que los considera como ordenamientos civiles internos que se pueden modificar y desarrollar, requiere una respuesta adecuada a la nueva realidad. Por otro lado, si bien es cierto que el art. 149.1.8 garantiza la existencia y el desarrollo de diversos Derechos civiles especiales¹², no es menos cierto que opta, por otro lado, por el establecimiento de un sistema conflictual estatal y uniforme¹³. Al calificar la competencia para el establecimiento de las normas que resuelvan los conflictos de leyes de “exclusiva”, el texto constitucional proyecta claramente el reconocimiento de plena potestad legislativa en la materia al legislador estatal. Sin embargo, la regla de reparto competencial contenida en el art. 149.1.8 CE ha dado lugar a divergentes interpretaciones y a un

¹¹ Al respecto *vid.* sentencia 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, BOE 19.12.2019 (ECLI:ES:TC:2019:132) en la que el Tribunal Constitucional declara constitucional la práctica totalidad del libro sexto del Código Civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos. *Vid.* entre otros, el estudio realizado por C. Asúa González, “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, nº37, 2020.

¹² Al respecto *vid.* la interpretación realizada en la importantísima STC 88/1993. En su FJ 1 b señala que “El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil”(, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo”. El TC reiteró su jurisprudencia en la STC 156/1993 (FJ 1).

¹³ En tal sentido, J.L. Iriarte Ángel, “Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, nº 761, 2017, p. 1506. Por otro lado, resultó muy relevante el análisis realizado por el TC en la sentencia 156/1993 (FJ3) que indica que: “Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las ‘normas para resolver los conflictos de leyes’ ([...] atribución competencial esta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La Norma Fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1.º de la Constitución republicana (RCL 1931\1645)— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8ª a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida «en todo caso”(a la legislación del Estado”.

debate irresuelto en torno al recurso a técnicas normativas conflictuales diferentes de la norma de conflicto por parte de los legisladores autonómicos. En particular, la cuestión se plantea en torno a la competencia autonómica en relación a la delimitación del ámbito de aplicación espacial de la normativa autonómica mediante normas de extensión o normas materiales especiales para regular conflictos internos¹⁴. Del análisis y estudio de la importantísima sentencia del TC 93/2013 de 23 de abril¹⁵ en la que la Ley navarra de parejas de hecho fue declarada inconstitucional, puede concluirse que la adopción de normas de conflicto unilaterales o de extensión queda también vedada al legislador autonómico. Esta doctrina jurisprudencial ha sido recientemente confirmada por la sentencia 157/2021, de 16 de septiembre de 2021¹⁶, dictada tras el recurso de inconstitucionalidad 315–2020 interpuesto por la Abogacía del Estado¹⁷ frente al tenor de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Por el contrario, un consolidado sector doctrinal considera que la competencia conflictual del legislador estatal no quedaría afectada cuando el legislador autonómico ejerce su competencia para regular los conflictos que pudieran producirse en el seno de su propia Comunidad, en particular los que se pudieran generar en el País Vasco a raíz de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco¹⁸, siempre y cuando se respete el principio de territorialidad¹⁹. Así mismo, cabría afirmar que la ausencia de extraterritorialidad que caracteriza a los conflictos interlocales (que agotan sus efectos en el seno de una concreta comunidad autónoma) habilita a los legisladores autonómicos para dictar las normas llamadas a resolverlos.

10. El precepto constitucional citado plantea, por último, la complejidad de la concreción de cada uno de sus términos, tales como “allí donde existan”, el alcance del concepto “desarrollo”, la posición de paridad entre los Derechos civiles especiales, y entre estos y el Derecho común²⁰ y la

¹⁴ En tal sentido, J.J. Álvarez Rubio, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español.”, *loc. cit.*, p. 23.

¹⁵ Sentencia 93/2013, de 23 de abril, de 2013 (BOE 23.5.2013, ECLI:ES:TC:2013:93).

¹⁶ Sentencia 157/2021, de 16 de septiembre (BOE 20.10.2021, ECLI:ES:TC:2021:157).

¹⁷ En relación al recurso de inconstitucionalidad, *vid.* el comentario realizado por el profesor Iriarte Ángel. J.L. Iriarte Ángel, “El recurso de inconstitucionalidad 315–2020 contra la reforma del Fuero Nuevo de Navarra. Aspectos atinentes a la condición foral civil” en E. Pérez Vera, J.C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez, M. Guzmán Peces, *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al Profesor Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, 2020, pp. 429–441.

¹⁸ BOE, 24.7.2015.

¹⁹ J. J. Álvarez Rubio, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español.”, *loc. cit.*, p. 27.

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

noción de conexidad. Los términos “allí donde existan” en referencia a los derechos civiles forales o especiales han sido interpretados, por ejemplo, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992 que recoge en su primer fundamento jurídico que : “[...] el amplio enunciado de esta última salvedad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución [...]”. Sobre el alcance de la noción de “desarrollo” y la referencia al principio de paridad o igualdad cabe tener presente respectivamente la STC 88/1993 y la STC 226/1993, conforme a cuyo FJ 2 “[...] la Constitución —su art. 149.1.8, específicamente— 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” (fundamento jurídico 3.^o). 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”. La referencia al principio de paridad de ordenamientos civiles implica el tratamiento igualitario de todos los derechos civiles a través del empleo de criterios que favorezcan la igualdad de oportunidades de que sean aplicados²¹. Por último, la complejidad del debate suscitado por el criterio de conexión o de conexidad para interpretar el término “desarrollo” ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones²² y ha vuelto a jugar un papel fundamental recientemente, en la STC 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña (FJ 3) relativa al control de constitucionalidad de la norma autonómica relativa a las obligaciones y contratos²³. La doctrina de la “conexión suficiente”²⁴ determina que los legisladores autonómicos pueden llevar a cabo el desarrollo de su Derecho civil foral o “especial” para permitir el crecimiento orgánico de sus

²¹ Vid. STC 226/1993, 8 de julio.

²² Vid. entre otros, el estudio realizado por C. Asúa González, “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 37, 2020.

²³ La STC 132/2019 declara constitucional la práctica totalidad de la normativa en cuestión.

²⁴ A. Font I Segura, “La STC 132/2019 sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Una cuestión de principios? ”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), 2020, p. 322.

Derechos civiles autonómicos²⁵, siempre y cuando se “regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral” (Fj 3). La necesidad de una vinculación con la normativa previa fue sentada por primera vez en la STC 88/1993, de 12 de marzo, y confirmada poco después en la STC 156/1993. Puede criticarse la falta de precisión y de definición del criterio, a la vez que el desequilibrio derivado de la función limitativa que despliega entre los distintos Derechos civiles²⁶. La competencia del legislador autonómico debe por tanto estar justificada por la existencia de una vinculación de cada ámbito que regula con las instituciones civiles reguladas en las legislaciones preexistentes²⁷. La falta de conexión suficiente con referencias normativas anteriores fue determinante de la declaración de inconstitucionalidad de la normativa civil autonómica gallega (STC 133/2017)²⁸. Es por otro lado importante recalcar que, a efectos de conexión, se pueden tomar en consideración normas postconstitucionales²⁹.

11. Por último, la disparidad normativa del ordenamiento plurilegislativo español en el ámbito contractual ha vuelto a poner de relieve las deficiencias del sistema de Derecho interregional. Por un lado, la delimitación del ámbito en el que ésta se despliega es poco evidente. Así mismo, el art. 10.5^oCc tampoco parece adaptado a la realidad del tráfico interregional. Piénsese, por ejemplo, en la determinación de la vecindad civil o de la residencia habitual de las personas jurídicas³⁰.

²⁵ Según se desprende del tercer FJ de la STC 132/2019, « La garantía autonómica de la foralidad civil permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales”[.

²⁶ En tal sentido A. Font I Segura, “La STC 132/2019 sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Una cuestión de principios?”, *loc. cit.*, 72 (2), 2020, pp. 321-328. 3

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Se trata de la primera vez en la que la normativa de una comunidad autónoma con Compilación no supera el test de conexión.

²⁹ *Vid.* STC 132/2019 (FJ 3). “Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1. 8^o CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada...”. *Vid.* también STC 41/2018, de 26 de abril, relativa a la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón.

³⁰ A. Font I Segura, “Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba”, en P. Jiménez Blanco (dir.), Á. Espiniella Menéndez (dir.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, 2021, pp. 235-292.

12. Atendiendo a las dificultades planteadas por el sistema conflictual actual, cabe reflexionar sobre la necesidad de reformar el derecho interregional español, sobre todo teniendo en cuenta que la doctrina viene advirtiendo desde hace un tiempo que la respuesta que ofrece nuestro sistema ha perdido su coherencia global³¹, ya que las reformas se han llevado a cabo sin ningún modelo de referencia y sin la adopción de criterios claros y coherentes³². Esta singularidad dificulta la labor del operador jurídico y genera una gran inseguridad jurídica³³. Por ello, la doctrina, mayoritariamente, se muestra favorable a la reforma del Derecho interregional español³⁴.

13. El nuevo sistema de Derecho Interregional español que emerja en su caso de una eventual reforma debería concebirse atendiendo a una nueva realidad tridimensional, ya que los distintos bloques normativos en presencia, el bloque constitucional, el bloque internacional y el bloque interno, están llamados a interactuar³⁵. Es precisamente la falta de estanqueidad entre estos bloques, y las relaciones normativas resultantes, la que, por falta de coordinación entre ellos, ha hecho que el sistema actual devenga obsoleto.

14. Por otro lado, tiene también varios condicionantes, propios del sistema. De entrada, obviamente, la reforma del sistema de resolución de conflictos internos debe realizarse respetando los principios constitucionales³⁶, como el objetivo de seguridad jurídica o el principio de

³¹ En palabras de J.J. Álvarez Rubio, "Carece de toda lógica que nuestro legislador español desatienda tal sector o que reaccione mediante una defectuosa técnica normativa al legislar de forma sesgada o parcial e inconexa mediante el recurso a puntuales reformas de preceptos que han materializado en dicha dimensión interna del sistema la técnica de la «incorporación por referencia»". (J.J. Álvarez Rubio, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español.", *loc. cit.*, p. 14).

³² *Vid.* entre otros, C. Parra Rodríguez, "La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma", en J. J. Forner I Delaygua, C. González Beilfuss, R. Viñas Farre, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado Liber Amicorum, Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 655.

³³ En tal sentido, *vid.* entre otros, E. Zabalo Escudero, "Los Conflictos de leyes internos e internacionales: una perspectiva actual del panorama interregional español" en N. Cornago, J.L. De Castro, L. Moure Peñín, *Repensar la Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 351.

³⁴ *Vid.* entre otros S. Álvarez González, "Derecho interregional. Claves para una reforma", *loc. cit.*, pp. 37-73.

³⁵ En tal sentido, J.J. Álvarez Rubio, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español.", *loc. cit.*, p. 13.

³⁶ Para un análisis más detallado de los principios constitucionales, *vid.* entre otros, M. Cuartero Rubio, "El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento", *Derecho privado y Constitución*, 36, 2020, pp. 56-61.

paridad entre los distintos ordenamientos civiles españoles, y respetando también el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. Exceptuando los casos en que la norma resulte necesaria para resolver conflictos interlocales, la revisión del sistema de resolución de conflictos internos pende de lo que el propio legislador estatal desee hacer en cuanto su adecuación a esta nueva realidad normativa. En segundo lugar, la labor de revisión normativa también debe tener en consideración la influencia cada vez mayor del Derecho internacional y europeo. Por último, desde una perspectiva interna, esta reforma debe permitir y asegurar el correcto desarrollo del pluralismo jurídico español. El contenido y el alcance del art. 16 Cc español deben, por tanto, ser revisados atendiendo a esta evolución³⁷.

15. El primer debate a resolver radica en saber si el legislador español consolidará este sistema dual u optará por una regulación unitaria de los conflictos de leyes internos e internacionales. Es decir, el legislador estatal puede optar o bien por mantener un sistema unitario de resolución de conflictos, extendiendo a los conflictos internos las soluciones contenidas en la normativa europea y los convenios internacionales; o por elaborar un sistema autónomo. Trataremos, por tanto, en primer lugar, de dilucidar si el mantenimiento de un sistema unitario de soluciones conflictuales podría ser viable.

III. SOBRE EL MANTENIMIENTO DE UN SISTEMA CONFLICTUAL UNITARIO

16. Debe tenerse presente que el legislador europeo se ha abstenido siempre de ampliar el ámbito de aplicación de los reglamentos a los conflictos internos. La decisión de optar por la aplicación o no de los reglamentos europeos para resolver los conflictos de leyes internos recae por tanto en las autoridades legislativas estatales³⁸.

³⁷ Sobre la necesaria reforma del sistema de soluciones de Derecho interregional, *vid.* entre otros, L. Garau Juaneda, "La necesaria depuración del derecho interregional español" en A. Font I Segura, *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Bosch Atelier, p. 2011; C. Parra Rodríguez, "La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma", *loc. cit.*, p. 655.

³⁸ *Vid.* como ejemplo el art. 35 del Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio, en materia de regímenes matrimoniales o el art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesiones.

1. Los diversos obstáculos técnicos de la aplicación de los instrumentos europeos e internacionales a los conflictos internos de leyes

17. La extensión de las soluciones ofrecidas por los instrumentos europeos e internacionales al tráfico interno puede generar varios desajustes. Lo cierto es que una norma de conflicto con un punto de conexión espacial puede ser empleada tanto para resolver conflictos internacionales como conflictos internos de leyes. Consiguientemente, un punto de conexión espacial (lugar de ubicación del bien, lugar de producción del daño, etc.) señalado en una norma europea, por definición susceptible de localización también en el ámbito interno, puede utilizarse también para los conflictos interterritoriales producidos dentro de un Estado miembro. Sin embargo, una conexión como la nacionalidad, muy habitual en Derecho europeo, no puede operar para resolver conflictos internos y representa por tanto un obstáculo técnico para dicha transposición o aplicación extensiva a los conflictos internos, pues todos los nacionales de las unidades territoriales que componen el Estado plurilegislativo tienen la misma nacionalidad. Estos solo podrían ser resueltos mediante el criterio de vecindad civil en un segundo escalón. Por tanto, la transposición o la remisión al Derecho europeo para resolver conflictos internos, sólo es posible a priori en el primer caso, pero no en el segundo.

18. Por otro lado, la aplicación de los instrumentos europeos e internacionales a los conflictos internos también daría lugar a una serie de distorsiones prácticas desde un punto de vista calificadorio. Por la naturaleza que les es propia, las normas contenidas en los reglamentos europeos se interpretan de forma autónoma³⁹, es decir, se interpretan y califican como “internacionales”, sin tener en consideración el sentido que los conceptos empleados en dichas normas puedan tener en los Estados parte de un determinado convenio o de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, el principio de calificación autónoma no parece poder encajar en un contexto interno. Los propios conceptos de los Derechos forales o especiales y del Derecho común pueden no casar exactamente con los del legislador europeo. La interpretación y la calificación, en ambos casos, pueden ser totalmente divergentes e incompatibles. Por ejemplo, la aplicación de soluciones convencionales o europeas a los conflictos internos no contempla, y difícilmente o sólo casual y ocasionalmente encajaría, con la particular regla del derecho de viudedad

³⁹ Sobre el papel del TJUE en la creación de conceptos autónomos, *vid.* STJCE 19 marzo 1964, asunto C-75/63, *Unger*, Rec., 1964, p. 347. *ECLI:EU:C:1964:19*. El TJUE acude por primera vez a un concepto europeo y autónomo para definir al “trabajador” europeo. Aboga por una definición amplia de la noción acudiendo a la esencia de la realidad laboral.

y usufructo en Aragón, o el principio de troncalidad del Derecho vizcaíno que establece un llamamiento a los herederos por pertenencia del pariente a la línea o tronco del que procede. Y, ¿qué ocurriría con la transmisión del caserío por testamento y por contrato sucesorio, prevista para Guipúzcoa?

19. Lógicamente, no cabe esperar que el legislador europeo o convencional adopte conceptos y soluciones siempre trasladables a los conflictos internos de leyes, dada la pluralidad de ordenamientos en los que aspira a ser aplicado⁴⁰. Por el contrario, parece más viable que el legislador de una Comunidad Autónoma o el legislador estatal sea quien intente adaptar su normativa a la europea.

2. La difícil proyección de la conexión residencia habitual sobre el tráfico interno

20. La adopción de un sistema unitario conduciría a la sustitución de la vecindad civil por la conexión residencia habitual. Sin embargo, debe tenerse presente que en general, el Derecho internacional privado, ya sea mediante puntos de conexión objetivos o subjetivos, tiende a salvaguardar objetivos conflictuales⁴¹. Cabe citar, por ejemplo, la exigencia de estabilidad que trata de garantizar la continuidad de las situaciones jurídicas y la permanencia del estatuto personal, a pesar de la libre circulación de las personas⁴². La nueva regulación en materia de discapacidad es un claro ejemplo de que la conexión residencia habitual no se adapta al tráfico interno. Las situaciones en las que personas que requieren de medidas de apoyo tomadas conforme a la ley de la residencia habitual trasladan su residencia a otra Comunidad autónoma son relativamente frecuentes. Este traslado implica, conforme al art. 9.6º II Cc, que se les aplique la ley de la nueva residencia habitual⁴³, lo cual repercute

⁴⁰ En tal sentido, S. Álvarez González, "Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, p. 147.

⁴¹ V. Bucher, "Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes.", *Travaux Comité fr. DIP*, 1993-1995, p. 20

⁴² M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 185, nº 244.

⁴³ *Vid.* por ejemplo AAP Barcelona 18ª, nº. 87/2022 de 16 de marzo (ECLI:ES:APB:2022:5500) o SAP Barcelona 18ª, nº.503/2022 de 5 de octubre (ECLI:ES:APB:2022:12523). *Vid.* también para un análisis de las distorsiones generadas por este cambio terminológico, como puede ser, por ejemplo, la falta de adaptación del art. 9.6 II CC al tráfico interregional: S. Álvarez González, "Comentario al art. 9.6.II del Código civil", en M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Madrid, Civitas, Thomson, 2022, pp. 75-84; P. Diago Diago, "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, 2021; A. Font I Segura, "Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se

negativamente en la seguridad y estabilidad de su protección. La conexión vecindad civil, sin embargo, garantizaría que las medidas de apoyo que se tomaron inicialmente se mantuvieran sin dificultades, aunque el adulto decidiera trasladar su domicilio las veces que deseara⁴⁴. También deben tenerse presente otros objetivos, como el respeto de los intereses de los Estados, la coherencia global de los ordenamientos jurídicos o la no vulneración de derechos adquiridos por terceros⁴⁵. Sin embargo, la concreción de un punto de conexión es también una cuestión de hondo contenido político⁴⁶. El legislador estatal de la época diseñó la conexión vecindad civil con objetivos propios. En efecto, a pesar de que el Tribunal Constitucional exige que el criterio de conexión se establezca de manera abstracta, las razones que llevaron al legislador a crear la vecindad civil también tienen que ver con determinados imperativos y, principalmente, el objetivo de favorecer el desarrollo de los Derechos civiles internos. Los legisladores autonómicos y el legislador estatal han legislado y desarrollado sus sistemas pensando en la conexión vecindad civil. El criterio se estableció y diseñó para regular el tráfico jurídico interno. Los legisladores autonómicos y estatal no ignoran la cuestión de la aplicación o de los destinatarios de las leyes que adoptan, sino que parten de esa premisa. Un claro ejemplo de ello es que algunas leyes autonómicas recurren a este punto de conexión.

21. En segundo lugar, la sustitución de la vecindad por la residencia habitual repercutiría negativamente en la propia estructura del sistema. Podría decirse que, de alguna manera, en la medida en que es una premisa de normas integradas lo que se ha llamado el bloque de constitucional, la propia vecindad civil forma parte del bloque de constitucionalidad, junto con los estatutos de autonomía.

reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, 31 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 70-87.

⁴⁴ En tal sentido, P. Diago Diago, "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, 2021.

⁴⁵ S. Sana-Chaillé de Néré, "Un droit calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil transféré", en *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque organisé à Nouméa le 29 sept. 2011 par le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE) de l'Université de Nouvelle-Calédonie <http://larje.univ-nc.nc/>, p. 44.

⁴⁶ *Ibid.*

3. Soluciones incompatibles con los principios vertebradores del Derecho de la Unión Europea

22. Debe tenerse presente que las soluciones internacionales fueron adoptadas, primordialmente, para facilitar la resolución de litigios internacionales. Por ello, algunos principios fundamentales, como la confianza europea o las libertades consagradas, son estrictamente europeos y parecen no adecuarse a la realidad del tráfico interregional.

23. Por otro lado, algunas de las ramas o sectores materiales más importantes desde la perspectiva de los Derechos territoriales, como es el Derecho de sucesiones, han quedado excluidas del principio de unidad de soluciones. Ante esa constatación, ¿cuáles serían las consecuencias de la aplicación del Reglamento nº650/2012, sobre sucesiones internacionales, para la resolución de conflictos internos? El art. 9.2⁴⁷ parte del principio de unidad de la ley aplicable a todos los efectos del matrimonio. Establece que todas las relaciones –económicas y personales– derivadas del matrimonio están sometidas a una única ley. Adicionalmente, a tenor de lo dispuesto por el art. 9.8 *in fine* Cc ⁴⁸, la ley aplicable a los efectos del matrimonio rige también los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. El citado precepto establece en realidad una interferencia entre el régimen matrimonial y las cuestiones sucesorias.

24. El tenor literal del art. 9.8^o *in fine* Cc planteó en su momento un largo debate interpretativo entre los autores que defendían que la ley aplicable a los efectos del matrimonio regía todas las atribuciones familiares o sucesorias del cónyuge supérstite⁴⁹, y los defensores de una interpretación más restrictiva, para quienes sólo regiría las de carácter familiar⁵⁰. Finalmente, en la sentencia de 28 de abril de 2014⁵¹, siguiendo la doctrina

⁴⁷ Art. 9.2^o Cc.

⁴⁸ Inciso añadido por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE 18.10. 1990).

⁴⁹ Por esta interpretación más extensiva se inclinan autores como S. Álvarez González (*cf.*, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, en T. F Torres García, *Estudios de Derecho Civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 143–145).

⁵⁰ *Vid.* entre otros, J. A. Marín Sánchez, “Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley del causante. Comentario del Art. 9.8 *in fine* del Código Civil”, *LN*, noviembre de 1992, p. 19; J. M^a Navarro Viñuelas, “Notas sobre la interpretación del inciso final del art. 9.8 del Código Civil”, *LN*, diciembre de 1995, pp. 38–42.

⁵¹ STS Civ 28 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2126).

mayoritaria y parte de la jurisprudencia⁵², el Tribunal Supremo optó por la interpretación extensiva. En el caso enjuiciado, un causante de nacionalidad italiana contrajo matrimonio con una española en régimen de separación de bienes. La pareja había decidido expresamente someter los efectos de su matrimonio al Derecho común español. La cuestión radicaba en la determinación de los derechos del cónyuge supérstite tras el fallecimiento del cónyuge de nacionalidad española. Se trataba de determinar si estos derechos debían someterse al Código Civil español, que otorgaba al cónyuge supérstite el usufructo de dos tercios de la herencia, o a la ley italiana, que le atribuía la plena propiedad de la mitad de la herencia. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo decidió que el último inciso del art. 9.8º Cc establecía que “los derechos que por ministerio de ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio”, es decir, la ley española. Si bien es cierto que esta solución tiende a garantizar un cierto ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del régimen matrimonial correspondiente, cabe resaltar que autores como Francisco Manuel Mariño Pardo⁵³, advirtieron ya que esta solución había quedado desplazada por la entrada en vigor del Reglamento europeo sobre sucesiones internacionales. La pregunta a responder por aquel entonces era si esta solución conservaba su vigencia para los conflictos internos. En la sentencia de 16 de marzo de 2016⁵⁴, el Tribunal Supremo respondió positivamente. En Derecho interregional, los derechos del cónyuge supérstite siguen por tanto sujetos a la ley aplicable a los efectos del matrimonio, dentro de los límites de los derechos legítimos de los descendientes previstos por la ley de la vecindad civil del causante. Cabe así sostener que las soluciones aplicables a los conflictos internacionales e internos en este ámbito son actualmente distintas. El principio general de unidad de la sucesión establecido por el Reglamento europeo no encaja por tanto con las soluciones del Derecho interno, ya que el Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones internacionales no opera ninguna remisión a la ley aplicable a los efectos del matrimonio, ni al Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes matrimoniales⁵⁵.

⁵² *Vid.* como ejemplo la SAP Lleida nº 553/2001, de 17 de diciembre 2001. (ECLI:ES:APL:2001:972).

⁵³ F.M. Mariño Pardo, “La interpretación del párrafo 2º del art. 9. 8 del Código Civil. Ley reguladora de los derechos sucesorios del cónyuge. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014. La aplicación de su doctrina tras la entrada en vigor del Reglamento europeo de sucesiones. El caso de las parejas de hecho. 11 de agosto de 2015”, <http://www.iurisprudente.com/2015/08/la-interpretacion-del-parrafo-2-del.html>.

⁵⁴ Sentencia 161/2016 de 16 de marzo, de 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:1160).

⁵⁵ Sin embargo, el considerando 12 del reglamento nº 650/2012 en materia de sucesiones internacionales se refiere expresamente a la necesidad de coordinación. A tenor del citado

25. Por otro lado, la relación de independencia entre la determinación de la competencia y de la ley aplicable representa una de las piedras angulares del Derecho internacional privado moderno. Este principio significa, por una parte, que la selección del tribunal competente no conduce a la aplicación de una determinada ley; e, inversamente, que un tribunal no puede declararse incompetente porque su propia ley no sea aplicable. Este principio tiende a garantizar uno de los principales objetivos perseguidos por el Derecho internacional privado, el de coordinar las relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos⁵⁶. En palabras de los profesores Bertrand Ancel e Yves Lequette “si bien es cierto que en la dimensión del Derecho aplicable se presume que la ley de los vínculos más estrechos es la más adecuada, a la inversa, los criterios utilizados para designar al órgano jurisdiccional competente pueden no presentar mayor proximidad con el supuesto”⁵⁷. Ello, en gran medida, se debe a que las normas de conflicto de leyes y las normas de conflicto de jurisdicción tienen características diferentes. Las normas de competencia jurisdiccional de cada Estado son normas unilaterales vinculadas a consideraciones de soberanía estatal, mientras que las normas de conflicto de leyes, empleadas para la identificación del ordenamiento jurídico aplicable, tienen una función distributiva y suelen ser bilaterales.

26. Una vez más, esta distinción puede no adecuarse a la realidad del tráfico interno. A diferencia de los Estados federales, donde los Estados federados cuentan de forma habitual con un poder judicial propio, en España, el poder judicial es único. Todos los jueces y tribunales forman parte de un único sistema judicial y están sujetos a las mismas leyes orgánicas y procesales. La cuestión de la independencia o correlación de las competencias judicial y legislativa sólo se plantea, por tanto, en el caso de los Estados federales o de una organización internacional como consecuencia del pluralismo judicial. En un Estado plurilegislativo con un sistema judicial único no puede existir ninguna correlación entre

considerando, las autoridades que sustancien una sucesión 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”.

⁵⁶ El método conflictual, caracterizado por la disociación entre la competencia judicial y la competencia legislativa, cumple esta función mediante la designación del derecho material competente para regular el supuesto de tráfico externo. Al respecto, *vid.* P. Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé—Cours général de droit international privé (2003)”, *Rec. cours La Haye*, t. 327 (2007), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, n° 198–201, p. 1 ; H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, vol. 4, Dalloz, 1956, p. 19.

⁵⁷ B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, Dalloz, 5^o éd., 2006, *Grand arrêt* n°19, n°2, p. 166.

competencia judicial y ley aplicable⁵⁸. El principio de unidad del poder judicial conduce automáticamente a una disociación entre competencia judicial y competencia legislativa⁵⁹. En España, al menos mientras no cambie su actual diseño, el órgano competente será siempre el estatal, mientras que la ley aplicable puede ser o bien la del legislador estatal o bien la de los legisladores autonómicos. Esto difiere claramente con el Derecho internacional privado, donde la determinación de la jurisdicción competente constituye un método de resolución de los conflictos de leyes, siempre que exista una correlación entre jurisdicción y ley aplicable. Julio Diego González Campos señala al respecto que “Los diversos elementos que componen el Derecho internacional privado establecen conexiones”⁶⁰. Puede ocurrir en primer lugar que el Derecho aplicable determine la competencia del órgano jurisdiccional, o a la inversa, que la competencia judicial internacional determine la ley aplicable. Por último, el legislador internacional privado puede establecer puntos de conexión concurrentes para que exista una correlación entre el *forum* y el *ius*. El legislador recurre al principio de correlación con el objetivo de proteger los intereses estatales⁶¹. Sin embargo, estas tres técnicas normativas conflictuales no pueden jugar ningún papel en el contexto interno español. Cabría citar ejemplificativamente el art. 9.7º Cc español que remite al Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a los alimentos, mientras el ap. 2 del art. 4 del Protocolo dispone a su vez que “se aplicará la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley contemplada en el art. 3º”. El citado precepto no puede aplicarse para resolver conflictos internos, ya que en España solo tenemos un foro, el juez estatal. El art. 15.1º Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental⁶², que remite al capítulo II del Convenio sobre la competencia judicial internacional para la determinación de la ley aplicable, tampoco puedo operar⁶³. Por todas las

⁵⁸ Vid. A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 62; R. Arenas García, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo. Fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 573–577.

⁵⁹ En tal sentido S. Álvarez González, “Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional”, *loc. cit.*, p. 144.

⁶⁰ J. D. González Campos, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Rec. cours La Haye*, t. 156 (1977–III), Alphenaan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1980, p. 238.

⁶¹ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, t.1, Bibl. IRJS, 2013, p. 845.

⁶² El art. 15.1º dispone que “En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”.

⁶³ J.J. Álvarez Rubio, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro”, *loc. cit.*, p. 38.

razones expuestas, resulta imprescindible articular las soluciones a los conflictos de leyes internos de manera particularizada y diferenciada.

IV. SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA AUTÓNOMO

27. Aunque el legislador nunca haya seguido este camino, cabe pensar que una revisión paralela del sistema actual puede ser la solución más adecuada a los diversos conflictos internos. Se trata, por otro lado, de una tarea que sólo puede realizar el legislador estatal. Sin embargo, la revisión del sistema de resolución de conflictos internos no puede ser operada, como hasta ahora, mediante modificaciones legislativas parciales o sectoriales ya que ello, lejos de reducir la fragmentación que aqueja al sistema, la aumenta. En tal sentido, el legislador español debería abandonar el camino iniciado en la Ley 26/2015 y tratar de elaborar un nuevo sistema. Expuesto lo anterior, es precisa una reforma tanto formal como sustancial.

1. Cuestiones formales.

28. Desde un punto de vista formal, la opción de una reforma autónoma o interna exige o bien una profunda modificación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, o bien la adopción de una ley específica para la resolución de los conflictos internos de leyes. No son excluyentes ni parece indispensable elegir entre estas dos opciones, aunque la opción consistente en la adopción de una ley específica es ampliamente defendida por una mayoría de la doctrina. La idea fue recogida posteriormente en el Decreto de 23 de mayo de 1947, concretamente en su art. 4, que preveía la creación de una comisión especial encargada de elaborar un anteproyecto⁶⁴. Con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, se volvió a plantear la opción de elaborar una ley especial. Posteriormente, el Tribunal Constitucional también se pronunció en este sentido, en la sentencia 72/1983, de 29 de julio de 1983⁶⁵.

2. Una reforma sustancial

29. La reforma que se lleve a cabo paralelamente debe también ser sustancial. Cabe pensar que nuestro legislador debería optar por elaborar

⁶⁴ M. E. Zabalo Escudero, "Comentario al art. 16.1 del Código civil" en M. Albaladejo, S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol- 2. Madrid 1995, p. 1.267.

⁶⁵ Sentencia 72/1983, de 29 de julio (BOE 18.8.1083). ECLI:ES:TC:1983:72.

un sistema de solución autónomo, propio, que se ajustará a la propia naturaleza de los conflictos internos de leyes; ya que, por ejemplo, la recurrente judicialización de los conflictos competenciales internos en materia legislativa es un problema propio del Derecho interno⁶⁶.

30. En primer lugar, en cuanto al criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles, cabría plantear posibles mejoras en la regulación normativa de la conexión vecindad civil⁶⁷, partiendo de las dificultades que plantea. Como es bien sabido, el cambio de vecindad civil del causante puede producirse por el transcurso de diez años y, por consiguiente, acarrear un cambio inesperado del Derecho sucesorio aplicable, al haber sido realizado sin una manifestación expresa en este sentido. Además, la vecindad civil del causante en el momento en que realizó su disposición *mortis causa* puede ser distinta a la que ostente en el momento del fallecimiento. El art. 9.8º Cc ofrece sin duda una solución a este conflicto móvil, con una norma que permite garantizar la validez de la disposición realizada conforme a la ley de la vecindad civil que el causante ostentaba en el momento en que la realizó, pero con el posible reajuste de las legítimas en función de la vecindad civil ostentada en el momento del fallecimiento (o ley sucesoria)⁶⁸. Sin embargo, de esta manera, la voluntad inicial del testador puede verse afectada. Así mismo, la validez de las disposiciones *mortis causa* también puede ser cuestionada a través del mecanismo del fraude de ley, en particular cuando el cambio de vecindad civil sea realizado con fines fraudulentos⁶⁹. Sin embargo, cabe resaltar que la intencionalidad debe probarse y no puede presumirse del simple hecho

⁶⁶ J. D. González Campos, “La Reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. 52, nº2, 2000, p. 351-369.

⁶⁷ Vid. A. Borrás Rodríguez, “El Derecho interregional: realidades y perspectivas”, en *La Codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, 2015, Madrid, Marcial Pons, pp. 553-574.

⁶⁸ A. Font I Segura, “La sucesión hereditaria en el Derecho Interregional”, *Anuario del Derecho civil*, enero-marzo, 2000-1. p. 45.

⁶⁹ Así, por ejemplo, la STS nº 294/94, de 5 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1478) consideró que la vecindad civil en la Tierra Llana de Vizcaya fue adquirida por el causante en fraude de ley. El TS señaló que “... en la insólita forma ya dicha, dijeron adquirir a la avanzada edad de 76 y 75 años de edad, respectivamente, careciendo de patrimonio rústico alguno (caserío y sus pertenecidos) que desearan concentrar en uno solo de sus herederos, no tuvo otra finalidad que la de, acogiendo a dicha aparente vecindad foral vizcaína (ley de cobertura), eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho Civil Común (Código Civil) a la que siempre habían estado sometidos (recuérdense los tres testamentos que habían otorgado con anterioridad) y, de esa forma, desheredar prácticamente a sus dos hijos D. Héctor y D. Pedro Enrique sin causa alguna que justifique dicha desheredación, lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley, en los términos ya dichos que configuran el mismo, por lo que, con estimación del motivo segundo que hemos venido examinando, ha de declararse que carecen de valor y eficacia algunos los testamentos (poderes testatorios) que los referidos esposos, acogiendo a la vecindad foral vizcaína, otorgaron el día 4 de Febrero de 1976”.

de que el sujeto haya adquirido una vecindad más favorable a sus intereses, puesto que el sistema legal permite expresamente los cambios de vecindad civil⁷⁰. La última dificultad, pero no la menos importante, se refiere al ciudadano extranjero establecido en España que no ostenta ninguna vecindad civil, a pesar de que su deseo sea el que se le aplique un Derecho civil foral especial. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2015⁷¹ en un supuesto en el que se ve involucrado un extranjero ha eludido la dificultad remitiendo a las normas del Reglamento (UE) 650/2012, y más concretamente, a las soluciones alternativas a la inexistencia de una respuesta al problema recogidas en su art. 36. Sin embargo, a pesar de la reciente jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Superior de Justicia⁷², otras resoluciones no comparten esta solución⁷³, lo cual crea una dificultad añadida.

31. La falta de previsibilidad y seguridad jurídica del criterio ha sido puesta de manifiesto desde hace tiempo por los juristas. Ya los participantes en el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 señalaron que el régimen de adquisición de la vecindad civil debía flexibilizarse. Hasta la fecha, la doctrina española se muestra en general favorable a una reforma del sistema español, aunque la cuestión del mantenimiento del criterio de la vecindad civil es ampliamente debatida en la literatura jurídica⁷⁴. Puede decirse que la mayoría de la doctrina parece favorable a la sustitución de la conexión vecindad civil por el criterio de residencia habitual. Manuel de Lasala Llanas, por ejemplo, propuso sustituir la vecindad civil por el criterio del domicilio⁷⁵. Sin embargo, si bien es cierto que vincular el estatuto

⁷⁰ Al respecto, *vid.* STS nº 588/2009, de 14 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5417).

⁷¹ BOE 30.7.2015.

⁷² STSJBAL 1/2021, de 14 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TSJBAL:2021:460).

⁷³ La Resolución del mismo órgano de 24 de mayo de 2019 (BOE nº. 150, de 24 de junio de 2019) deniega la inscripción del pacto sucesorio regulado en el derecho balear por una ciudadana francesa con residencia habitual en Islas Baleares porque: “El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración”. *Vid.* S. Álvarez González, “Derecho interregional y Constitución”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2023, 22; S. Álvarez González, ¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: el Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN 24 de mayo de 2019, *La Ley Unión Europea*, 2019, 74.

En este mismo sentido, la Resolución de 20 de enero de 2022 (BOE nº. 40, de 16 de febrero de 2022) ha concluido que un francés con residencia habitual en Galicia no puede acogerse a un pacto sucesorio de mejora.

⁷⁴ JJ Forner Delaygua, “La contribución de la DGRN a la doctrina sobre cambios de vecindad civil por residencia”, en AA. VV, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la Memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 389–402.

⁷⁵ M. (de) Lasala Llanas, “Sistema español de Derecho civil internacional e interregional: compuesto en forma de código, comentado sobre las leyes civiles, mercantiles, penales, procesales, administrativas y fiscales, los tratados y convenciones, generales y particulares”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, p. 44.

personal a la ley de la residencia habitual o del domicilio tendría como efecto, por un lado, someter a los extranjeros a la ley local, también tendría como consecuencia que los españoles establecidos en el extranjero no quedarían sometidos a ningún Derecho foral. Además, vincular el estatuto personal a la ley de la residencia habitual o del domicilio no ofrece la misma estabilidad que vincularlo a la ley de la vecindad civil. En efecto, a diferencia de la conexión domicilio o nacionalidad, la vecindad civil fue determinada con vocación de permanencia. La vinculación del estatuto personal a la vecindad civil tiene la ventaja de mantener a los nacionales españoles bajo su ley de origen, la ley del Estado al que muchos regresarán. La conexión vecindad civil es por tanto un criterio que ofrece mayor estabilidad.

32. Conforme a lo analizado y lo expuesto anteriormente, debe concluirse que al tratarse de una peculiar tipología de conflictos, los conflictos internos plantean a su vez una serie de dificultades propias, como son las derivadas de la delimitación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas. La concreción del criterio para determinar el ordenamiento civil interno aplicable es además una cuestión de política legislativa. Por todo ello, consideramos que la sustitución de la vecindad civil por otro punto de conexión debería ser descartada, a pesar de que la reciente incorporación por remisión de determinadas normas europeas e internacionales al ordenamiento interno por parte del legislador estatal conduzca a su sustitución por la residencia habitual⁷⁶. Así mismo, algunos autores proponen mantener la vecindad con algunas adaptaciones. Al analizar su proyecto de ley de modificación del Código Civil, el profesor Jesús Delgado Echeverría afirmó que la vecindad civil es un “artificio que inventó o construyó el legislador español decimonónico sin comprender plenamente lo que hacía, para salir del paso ante una situación de pluralidad de Derechos civiles que no había previsto que perdurara y que no le gustaba. Añado de inmediato que el artefacto jurídico ha cumplido bastante bien su función hasta ahora y puede seguir cumpliéndola”⁷⁷. Este sector doctrinal también considera que la forma en que se atribuye la vecindad la convierte en una conexión relevante para las cuestiones de estatuto personal en el ordenamiento interno. El criterio tiene en cuenta las raíces geográficas y la ascendencia del individuo. En consecuencia, permite vincular al individuo a una comunidad determinada. Pero, al mismo tiempo, también constituye una vinculación a un entorno geográfico concreto, en particular a través de la posibilidad de adquirir la vecindad civil por residencia continuada durante diez años. Además, la vecindad es un criterio de vinculación ya

⁷⁶ V. Código Civil arts. 9.4º, 9.6º y 9.7º.

⁷⁷ J. Delgado Echeverría, “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria”, *Boletín Jado, Academia Vasca del Derecho*, 28, pp. 65–103.

consolidado, y más allá de ello, es también un factor de identidad⁷⁸. El profesor Santiago Álvarez González destaca, a este respecto, que la vecindad civil se ha convertido en la piedra angular del desarrollo del pluralismo jurídico. Alberto Arce Janáriz ya explicó en su momento que “la aplicación de los Derechos civiles autonómicos está subordinada al criterio de la vecindad civil”⁷⁹. En efecto, la concreción de un punto de conexión no es una cuestión puramente técnica y raramente se hace a ciegas y de manera puramente abstracta⁸⁰.

33. Cabría preguntarse, en definitiva, si no sería más adecuado mantenerla como conexión, pero introduciendo algunas modificaciones que permitieran superar la complejidad que implica concretar la vecindad del sujeto. Y, en particular, cabría plantear las posibles mejoras en la regulación normativa de la conexión vecindad civil partiendo de sus modos de adquisición y de pérdida. Algunos autores, como el profesor Albert Font I Segura, han planteado la necesidad de establecer “una vecindad civil de carácter menos volátil e incierto en cuanto a su modo de atribución, adquisición y pérdida y, sobre todo, cuya determinación sea menos problemática; es decir, una vecindad civil más estable y menos propensa a cambios imprevistos, que pueda servir de contrapeso al criterio de la residencia habitual y que favorezca una mayor autonomía del conflicto”⁸¹. Coincidimos con el magistrado F. de B Iriarte Ángel en que una opción sería acortar a tres o cuatro años el plazo para la adquisición tácita de la vecindad civil por residencia⁸².

34. Además, cabe señalar que el régimen de vecindad civil ha evolucionado recientemente. Hasta el 30 de abril de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 2011 del Registro Civil⁸³, los ciudadanos que deseaban proceder a un cambio de la vecindad encontraban grandes dificultades, debido a la carga administrativa que esa modificación

⁷⁸ S. Álvarez González, “Derecho interregional. Claves para una reforma.” *loc. cit.*, p. 111.

⁷⁹ A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 177.

⁸⁰ *Vid.* entre otros Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? » (en *Travaux comité fr. DIP*, Séance de 30 janv.1981 sous la présidence de M. Simon-Depitre, Paris, Ed. CNRS, 1983, t.2 (Année1980-1981), p. 43 ; En tal sentido, *Vid.* también el estudio realizado por B. Audit « Flux et reflux de la crise des conflits de lois » (y Y. Loussouarn “L’évolution de la règle de conflit de lois”, *Travaux comité fr. DIP*, H.-S., Journée du cinquantenaire, 1988, pp. 59-79 o M.- L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, LDDJ, Manuel, 6. Ed., 2017, n°235.

⁸¹ A. Font I Segura, “Derecho Interregional, ¿quo vadis legislator?”, *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía: XXVII jornadas AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 423-434.

⁸² En tal sentido, F. de B. Iriarte Ángel, *La eventual aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea a los conflictos de leyes internos*, tesis doctoral inédita defendida en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea el 2 de marzo de 2023, p. 200.

⁸³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. (BOE 22.7.2011).

implicaba (competencia del Registro Civil, pruebas necesarias, etc.). El procedimiento se ha simplificado considerablemente ya que, en virtud del art. 68.3º LRC, la elección de la vecindad civil puede hacerse ahora ante Notario.

35. Adicionalmente, cabría incorporar márgenes de autonomía de la voluntad conflictual en el sistema interno, lo que estaría en concordancia con la tendencia actual de la normativa europea e internacional. La autonomía conflictual ha irrumpido en el ámbito del Derecho internacional privado, y es una tendencia emergente en el ámbito del Derecho de familia⁸⁴. En Derecho internacional privado, todas las normativas europeas consagran el principio de autonomía de la voluntad. Por poner un ejemplo, si bien es cierto que el Derecho sucesorio ha sido tradicionalmente considerado como un campo imperativo e indisponible, el Reglamento sobre sucesiones internacionales ofrece al causante la posibilidad de elegir la ley aplicable a su sucesión. Es más, la elección de ley puede ser realizada tanto expresa como tácitamente⁸⁵. Por el contrario, las posibilidades de elección consagradas por el Derecho español para regular el tráfico jurídico interno son muy limitadas. El Código Civil de 1889 no reconoce ningún espacio a la mera voluntad del sujeto de derecho. El principio ha sido introducido únicamente en materia de régimen económico matrimonial⁸⁶. Sin embargo, la libertad de elección otorgada por el art. 9.2º Cc únicamente permite elegir la ley aplicable antes de la celebración del matrimonio y dentro de un elenco limitado⁸⁷. Además, el régimen de la vecindad civil deja un margen muy limitado a los interesados internos⁸⁸. Un ciudadano español cuya situación se inscribe en un contexto interno se encuentra, por tanto, en un marco jurídico más desventajoso que el del nacional en un caso sometido al régimen del Derecho internacional privado. En tal contexto, debe considerarse la posibilidad de ofrecer al interesado la opción de elegir el Derecho civil especial o común más acorde con sus intereses.

⁸⁴ A. E. Von Overbeck, "L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé" (en VV. AA, *Nouveaux itinéraires du droit: Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993.

⁸⁵ Art. 22 Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones internacionales.

⁸⁶ *Vid.* arts. 9. 2º y 9.3º Cc; M. A. Amores Conradi "Comentario al art. 9, aps. 2 y 3 Cc", en M. Albaladejo García, S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, pp. 181-205.

⁸⁷ J.L. Iriarte Ángel, "Conflictos internacionales e interregionales de leyes. La norma de conflicto", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autonomico de Vasconio- Euskal Herriko Zuzenbide Historiko eta Autonomikorako Aldizkaria*, nº 17 (2020), Donostia-San Sebastián, p. 503.

⁸⁸ Solo indirectamente a través de la conexión residencia habitual.

36. Por otro lado, el desarrollo del Derecho civil autónomo, garantizado por la CEonstitución de 1978, ha introducido indirectamente una cierta autonomía sustantiva, en el Derecho sucesorio, por ejemplo. La admisión progresiva del testamento mancomunado⁸⁹ y de la fiducia sucesoria por la mayoría de las legislaciones forales es un claro ejemplo. La consagración de la reserva colectiva, introducida nuevamente por la mayoría de las legislaciones autonómicas, es un claro reflejo de una tendencia actual orientada a limitar las restricciones a la transmisión de los bienes hereditarios. El contenido de estas legislaciones ha experimentado así, indirectamente, una cierta armonización.

37. Por otro lado, el respeto del principio de paridad de ordenamientos jurídicos implica que exista la misma posibilidad de que sean aplicados⁹⁰. El principio de autonomía de la voluntad garantiza sin duda alguna la igualdad de aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos, en la medida en que la elección que pueden ejercer las partes interesadas puede referirse a cualquier ley. Así mismo, y en relación con lo anterior, cabe pensar que la elección de ley permitiría solucionar los problemas derivados de los excesos de algunos legisladores autonómicos que han optado por delimitar de forma unilateral el ámbito de aplicación de su normativa. En relación a las cuestiones competenciales debe recordarse que el ordenamiento jurídico español carece de una norma de conflicto específica aplicable a las parejas de hecho. A esta ausencia de norma de conflicto, cabe unir (aunque supera el objeto de estudio de este trabajo) la falta de normativa civil para todo el territorio e incluso de uniformidad terminológica. En la actualidad, solo trece Comunidades autónomas⁹¹ disponen de una regulación aplicable a las

⁸⁹ J. M. Fontallenas Morell, "El testamento mancomunado en Derecho Interregional", en N. Cornago Prieto (ed.lit.), J.L. Castro Montero (ed.lit.), L. Moure Peñin (ed.lit.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía XXVII Jornadas AEPDIRI*, 2019, pp. 435-448.

⁹⁰ Vid. entre otros J. L. Iriarte Ángel, "Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil", en Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, 1999, pp. 55-59; S. Álvarez González, "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)", *REDI*, 2001, p. 72.

⁹¹ Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Aragón: Título VI del Libro II del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho; Cataluña: Capítulo IV del Título III del Libro II del Código civil; Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Galicia: Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Illes Balears: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Navarra: leyes 106 y siguientes

parejas de hecho. Sin entrar en la cuestión de la constitucionalidad de dichas normas, cabe resaltar que las normas de conflicto aprobadas por los legisladores autonómicos son, con carácter general, normas unilaterales de aplicación. Cada Comunidad autónoma establece así su propia norma de conflicto con criterios muy dispares al respecto. Por ejemplo, las normas aprobadas por el País Vasco⁹² y Baleares⁹³ establecen que el criterio de sujeción será la vecindad civil de uno de los miembros de la pareja. De este modo, una pareja de vasco con otra persona con vecindad civil balear podrá someterse o bien a la ley vasca, en aplicación del Derecho vasco, o a la ley balear debido a la vecindad civil del otro miembro de la pareja. La respuesta podría por tanto ser diferente en función de la autoridad que fuese a conocer del caso. Además de la falta de seguridad jurídica, esta situación provoca una quiebra del principio de igualdad que podría sin embargo ser restablecido a través de una elección de ley. Coincidimos con J.J. Pérez Milla⁹⁴ en que ante la falta de normativa conflictual, la autonomía de la voluntad de las partes debería ser el principio rector. Otros autores, como A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, se decantan por someter las parejas no registradas a la Ley del lugar en el que se hayan inscrito por primera vez⁹⁵. Esta solución confiere también indirectamente un determinado margen de libertad a las partes en tanto éstas podrán acudir al Registro que elijan. En definitiva, el reconocer margen en este campo a la autonomía de la voluntad favorece la previsibilidad de las soluciones y, por tanto, la seguridad jurídica de las relaciones.

V. CONSIDERACIONES FINALES

38. Si bien es cierto que la incidencia del Derecho europeo en la legislación interna es cada vez mayor, algunas cuestiones quedan aún supeditadas a las normas nacionales. El sistema de Derecho interregional actual integrado por los analizados bloques normativos europeo,

de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho civil foral de Navarra; País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; Comunidad Valenciana: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

⁹² Art. 2 Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV nº.100, de 23 de mayo de 2003)

⁹³ Art. 1 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (BOIB de 29 de diciembre de 2001).

⁹⁴ 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, p. 111.

⁹⁵ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2016, p. 144.

internacional y estatal adolece en lo que respecta a la pretendida armonización en la respuesta normativa. La falta de precisión del sistema de Derecho interregional español conduce a la recurrente judicialización de los conflictos competenciales en materia legislativa interna, en particular, en aquellos casos en los que las normas autonómicas delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación en función de criterios propios. Urge, por ello, proceder a la reforma de nuestro sistema interno, atendiendo a la obligada interacción entre los diversos bloques normativos.

39. El sistema debe establecer una respuesta previsible a los conflictos internos a la vez que diseñar un marco de seguridad jurídico-normativa. La articulación de un sistema adecuado deviene a nuestro juicio prioritaria. Según lo dispuesto en el art. 149.8º.1 del texto constitucional, el legislador estatal ostenta la competencia exclusiva en relación al establecimiento de las normas que resuelvan conflictos de leyes. Conforme al sistema competencial integrado por la Constitución Española, tal labor normativa queda por tanto sustraída a las Comunidades Autónomas, por lo que la mejora pende de lo que el propio legislador estatal desee hacer en cuanto su adecuación a la realidad normativa actual. Entre las distintas opciones abiertas al legislador estatal para acometer la reforma del sistema interno, éste podría inclinarse o bien por recurrir a un sistema unitario conflictual mediante la extensión de las soluciones ofrecidas por las convenciones internacionales y los reglamentos europeos al ámbito interno (culminando así la reforma operada mediante la Ley 26/2015), o bien por consolidar el sistema dual actual que prevé soluciones diferenciadas para los conflictos internacionales y los conflictos internos.

40. Al amparo de lo establecido en los propios reglamentos europeos, los Estados plurilegislativos pueden optar por aplicar o no las soluciones conflictuales europeas al tráfico interregional. Sin duda, la extensión de la normativa convencional o europea a los supuestos interregionales supondría el restablecimiento del principio de unidad de soluciones. Sin embargo, conforme a lo analizado, este proceder produciría a su vez varios desajustes. En primer lugar, es evidente que la conexión nacionalidad representa un claro obstáculo a la hora de determinar la ley aplicable a los conflictos interregionales. Por otro lado, la aplicación de las soluciones ofrecidas por los instrumentos convencionales y europeos también generaría varias distorsiones prácticas desde el punto de vista calificadorio. Adicionalmente, debe subrayarse que si las normas internacionales tuvieran alguna incidencia sobre el ámbito interno, la proyección del criterio de la residencia habitual sobre el ámbito de los conflictos internos afectaría a la estructura del sistema interno, dadas las características y la tipología específica de los conflictos internos. Un elemento diferenciador puede

finalmente radicar en los objetivos pretendidos por la UE que difieren a veces considerablemente de los perseguidos en el ámbito interno. Cabe por tanto resaltar que las disfunciones que tal solución plantearía harían decaer la pretendida armonización en la respuesta normativa.

40. Por consiguiente, el sistema conflictual español debe ser reformado para, abandonando la pretensión de establecer un sistema unitario o común para todas las categorías de conflictos de leyes, articular soluciones de manera particularizada y diferenciada. En relación a la técnica legislativa, podemos concluir que el establecimiento de un sistema eficaz y coherente debe pivotar en torno a un marco jurídico legal basado en la modificación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, o bien en la adopción de una ley específica para la resolución de los conflictos internos de leyes. En el plano sustancial, la mejora podría ir en la línea de modificar los modos de adquisición o pérdida de la vecindad civil y de incorporar, adicionalmente, el principio de autonomía de la voluntad conflictual en el sistema interno. Aun así, expuesto lo anterior, es necesario tomar conciencia de que esta opción deviene cada vez más compleja, al haber optado ya el legislador por la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para resolver algunos conflictos de leyes interregionales.

Bibliografía

- Álvarez González, S., “Comentario al art. 9.6.II del Código civil”, en M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (Dir.), I. Varela Castro (Coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Madrid, Civitas, Thomson, 2022, pp. 75–84
- Álvarez González, S., “Derecho interregional. Claves para una reforma”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 37–111.
- Álvarez González, S., “Derecho interregional y Constitución”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2023, 22.
- Álvarez González, S., “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, en T. F. Torres García, *Estudios de Derecho Civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 143–145.
- Álvarez González, S., “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *REDI*, 2001, p. 72.
- Álvarez González, S., ¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: el Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019, *La Ley Unión Europea*, 2019, 74
- Álvarez González, S., “Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 144–147.

- 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*, 2021, nº 38, pp. 13–44.
- Amores Conradi, M. A., “Comentario al art. 9, aps. 2 y 3 Cc”, en M. Albaladejo, S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 181–205.
- Ancel, B., Lequette, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, Dalloz, 5ª ed., 2006, *Grand arrêt* nº 19, nº 2, p. 166.
- Arce Janáriz, A., *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 177.
- Arenas García, R., “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo. Fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 573–577.
- Asúa González, C., “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 37, 2020.
- Audit, B., “Flux et reflux de la crise des conflits de lois” y Loussouarn, Y., “L’évolution de la règle de conflit de lois”, *Travaux comité fr. DIP*, H.-S., Journée du cinquantenaire, 1988, pp. 59–79.
- Batiffol, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, vol. 4, Dalloz, 1956, p. 19.
- Borrás Rodríguez, A., “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, en *La Codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, 2015, Madrid, Marcial Pons, pp. 553–574.
- Bucher, V., “Vers l’adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes.”, *Travaux comité fr. DIP*, 1993–1995, p. 20.
- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I, Granada, 2016, 16ª ed., p. 62.
- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, 2016, p. 144.
- Cuartero Rubio, M., “El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento”, *Derecho privado y Constitución*, 36, 2020, pp. 56–61.
- Delgado Echeverría, J., “Comentario al art. 16 Cc.”, en J.J. Rams Albesa, R. M. Moreno Flórez, *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*, Barcelona, 2000, pp. 419–436.
- Delgado Echeverría, J., “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria.”, *Boletín Jado, Academia Vasca del Derecho*, 28, pp. 65–103.
- Diago Diago, P., “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, nº 9779, 2021.
- Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed, Madrid, 1996, p. 106.
- Fontallenas Morell, J.M., “El testamento mancomunado en Derecho Interregional”, en N. Cornago Prieto (ed.lit.), J.L. Castro Montero (ed.lit.), L. Moure Peñín (ed.lit.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía XXVII Jornadas AEPDIRI*, 2019, pp. 435–448.
- Font I Segura, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 62.

- Font I Segura, A., “Derecho interregional, ¿quo vadis legislator?”, *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía: XXVII Jornadas AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 423–434.
- Font I Segura, A., “La STC 132/2019 sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Una cuestión de principios?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), 2020, pp. 321–328.
- Font I Segura, A., “La sucesión hereditaria en el Derecho Interregional”, *Anuario del Derecho civil*, enero–marzo, 2000–1. p. 45.
- Font I Segura, A., “Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba”, en P. Jiménez Blanco (dir.), Á. Espiniella Menéndez (dir.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, 2021, pp. 235–292.
- Font I Segura, A., “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, 31 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 70–87.
- Forner Delaygua, J. J., “La contribución de la DGRN a la doctrina sobre cambios de vecindad civil por residencia”, en AA. VV, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la Memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 389–402.
- Garau Juaneda, L., “La necesaria depuración del derecho interregional español” en A. Font I Segura, *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Bosch Atelier, p. 2011.
- Garau Juaneda, L., “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2, 2015, p. 74
- González Campos, J.D., “La Reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. 52, nº2, 2000, p. 351–369
- González Campos, J. D., “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, en *Rec. cours La Haye*, t. 156 (1977–III), Alphenaan den Rijn, Sijthoff/ Noordhoff, 1980, p. 238
- Iriarte Ángel, F. de B., *La eventual aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea a los conflictos de leyes internos*, tesis doctoral inédita defendida en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea el 2 de marzo de 2023, p. 200.
- Iriarte Ángel, J.L., “Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, nº 761, 2017, p. 1506.
- Iriarte Ángel, J. L., “Conflictos internacionales e interregionales de leyes. La norma de conflicto”, *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autnómico de Vasconio– Euskal Herriko Zuzenbide Historiko eta Autonomikorako Aldizkaria*, nº 17 (2020), Donostia–San Sebastián, p. 503.
- Iriarte Ángel, J.L., “El recurso de inconstitucionalidad 315–2020 contra la reforma del Fuero Nuevo de Navarra. Aspectos atinentes a la condición foral civil” en E. Pérez Vera, J.C Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez, M. Guzmán Peces, *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al Profesor Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid 2020, pp. 429–441.

- Iriarte Ángel, J. L., "Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil", en Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, 1999, pp. 55-59.
- Lasala Llanas, M. (de), "Sistema español de Derecho civil internacional e interregional: compuesto en forma de código, comentado sobre las leyes civiles, mercantiles, penales, procesales, administrativas y fiscales, los tratados y convenciones, generales y particulares.", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, p. 44.
- Loussouarn, Y., "La règle de conflit est-elle une règle neutre ?", en *Travaux comité fr. DIP*, Séance de 30 janv. 1981 sous la présidence de M. Simon-Dépitre, Paris, Ed. CNRS, 1983, t.2 (Année 1980-1981), p. 43.
- Magallón Elósegui, N., "El reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos", en VV.AA, *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao, 2016, p. 294.
- Marín Sánchez, J. A., "Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley del causante. Comentario del Art. 9.8 *in fine* del Código Civil", *LN*, noviembre de 1992, p. 19.
- Mariño Pardo, F. M., "La interpretación del párrafo 2º del art. 9. 8 del Código Civil. Ley reguladora de los derechos sucesorios del cónyuge. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014. La aplicación de su doctrina tras la entrada en vigor del Reglamento europeo de sucesiones. El caso de las parejas de hecho. 11 de agosto de 2015", <http://www.iurisprudente.com/2015/08/la-interpretacion-del-parrafo-2-del.html>.
- Mayer, P., "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé- Cours général de droit international privé (2003)", en *Rec. cours La Haye*, t. 327 (2007), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, nº 198-201, p. 1.
- Navarro Viñuelas, J. Mª, "Notas sobre la interpretación del inciso final del art. 9.8 del Código Civil", *LN*, diciembre de 1995, pp. 38-42.
- Niboyet, M.- L., Geouffre de la Pradelle, G. De, *Droit international privé*, Paris, LDDJ, Manuel, 6. Ed., 2017, pp. 185-244.
- Parisot, V., *Les conflits internes de lois*, t.1, Bibl. IRJS, 2013, p. 845.
- Parra Rodríguez, C., "La revisión del Derecho interregional español, un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma", en J. J. Forner I Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farre, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Liber Amicorum, Alegría Borrás, Marcial Pons, 2013, p. 655.
- Pérez Milla, J. J.: *El espacio del Derecho interregional tras los reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones Mortis causa*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2019, p. 111.
- Sana-Chaillé de Néré, S., "Un droit calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil transféré", en *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque organisé à Nouméa le 29 sept. 2011 par le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE) de l'Université de Nouvelle-Calédonie: publication électronique des Actes sur le site Internet du laboratoire à l'adresse suivante <http://larje.univ-nc.nc/>, p. 44.
- Von Overbeck, A.E., "L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé" en VV. AA, *Nouveaux itinéraires du droit : Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993.

- Zabalo Escudero, M. E., "Comentario al art. 16.1 del Código civil", en M. Albaladejo, S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, volumen 2, Madrid, 1995, p. 1.267.
- Zabalo Escudero, M. E., "Conflictos de leyes internos e internacionales, conexiones y divergencias", *Bitácora Millennium DIPr.*, 3, Zaragoza, 2016, p. 64.
- Zabalo Escudero, M.E., "Los conflictos de leyes internos e internacionales: una perspectiva actual del panorama interregional español" en N. Cornago, J.L De Castro, L. Moure Peñín, *Repensar la Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 351.

Recibido: 15 julio 2023

Aceptado: 7 septiembre 2023

¿Hacia un estatuto personal y familiar europeo?

Nerea MAGALLON ELOSEGUI¹

SUMARIO: I. Introducción: la continuidad de las relaciones personales y familiares y la movilidad transfronteriza en Europa. II. Método de reconocimiento en el ámbito del estado civil y el libre ejercicio de las libertades europeas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Derecho al nombre y los apellidos y las libertades europeas: un punto de partida en el método de reconocimiento. 2. Reconocimiento del matrimonio en toda la Unión. 3. La extensión del método de reconocimiento a la determinación de la filiación. III. Alcance y tipos de efectos del reconocimiento de las decisiones en el ámbito del estado civil en Europa. IV. Incidencia del Derecho europeo en el Derecho internacional privado en materia de estado civil: el reconocimiento automático y el orden público europeo. V. Conclusiones.

RESUMEN: Desde una perspectiva basada en el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha ido desarrollando el método de reconocimiento con el objetivo de asegurar la vocación de unidad y extraterritorialidad del estatuto personal y familiar en todo el territorio como única forma de garantizar el disfrute de las libertades europeas, y ha construido un mecanismo que permite a los ciudadanos europeos traspasar las fronteras del espacio europeo conservando sus características personales y familiares. En un ámbito en el que la competencia reside en manos de los Estados, pero en el que están muy presentes los derechos fundamentales, el reconocimiento de una situación o acto creado válidamente en un Estado miembro en los demás Estados miembros, se convierte en un mecanismo intermedio que favorece la continuidad y permanencia del estado civil, respetando la diversidad existente en los Estados miembros en la materia. Mediante este trabajo se analizarán las últimas novedades acontecidas a nivel europeo en materia de reconocimiento vinculadas al estado civil de las personas con el objetivo de plantear las consecuencias, presentes y futuras, que pueden tener en la instauración de un estatuto personal y familiar europeo.

PALABRAS CLAVE. RECONOCIMIENTO, DERECHO EUROPEO, ESTADO CIVIL, NOMBRE Y APELLIDOS, MATRIMONIO, FILIACIÓN, LIBRE CIRCULACIÓN, CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, ORDEN PÚBLICO EUROPEO.

Towards a European personal and family statute?

¹ Profesora investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* y Profesora del Master en Derecho del Comercio Internacional de la Universidad Internacional de la Rioja, UNIR, orcid id: 0000-0003-3994-049X.

ABSTRACT: From a perspective based on Union law, the Court of Justice has been developing the method of recognition with the aim of ensuring the vocation of unity and extraterritoriality of the personal and family status throughout the territory as the only way of guaranteeing the enjoyment of European freedoms, and has constructed a mechanism that allows European citizens to cross the borders of the European area while preserving their personal and family characteristics. In an area in which competence lies in the hands of the States, but in which fundamental rights are very much present, the recognition of a situation or act validly created in one Member State in the other Member States becomes an intermediate mechanism that favours the continuity and permanence of civil status while respecting the diversity existing in the Member States. This paper will analyse the latest developments at European level in the field of recognition linked to the civil status of persons with the aim of considering the present and future consequences they may have on the establishment of a European personal and family status.

KEYWORDS. RECOGNITION, EUROPEAN LAW, CIVIL STATUS, FIRST NAME AND SURNAME, MARRIAGE, PARENTAGE, FREE MOVEMENT, EUROPEAN CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS, EUROPEAN PUBLIC ORDER.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONTINUIDAD DE LAS RELACIONES PERSONALES Y FAMILIARES Y LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA EN EUROPA

1. En las cuestiones vinculadas al estado civil y, más concretamente, en un ámbito especialmente sensible como es la esfera familiar, el interés por facilitar el tráfico jurídico europeo se une al fundamento último del reconocimiento, dirigido a promover la continuidad y estabilidad de las relaciones jurídico privadas vinculadas con varios ordenamientos², para dotar de validez extraterritorial a las decisiones o actos que configuran una situación, un estado o una condición otorgada en un Estado miembro en otro Estado miembro.

2. En Europa, la necesidad de aceptar la permanencia del estado civil de las personas y de proporcionar continuidad a sus relaciones familiares se ha supeditado a la finalidad de garantizar el ejercicio de las libertades europeas, sin embargo, esta exigencia va más allá de la salvaguarda de la libre circulación y residencia, de reducir los costes y las cargas burocráticas, de simplificar los procedimientos administrativos o judiciales, o de dotar de seguridad jurídica a las familias, está directamente relacionada con el respeto a los derechos fundamentales. Ante la creciente movilidad

² P.A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997; F. F. Garau Juaneda, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, A.L. Calvo Caravaca, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986; P. Lalive, "Tendances et méthodes en droit international privé: cours generales", *Rec. des Cours*, t. 155, 1977, p. 37. Sobre esta posible afectación *Vid.* I. Blázquez Rodríguez, "El derecho al nombre y la identidad personal como interés superior del menor en situaciones transfronterizas", en A. Lara Aguado (dir.) *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 209-241.

transfronteriza, la falta de reconocimiento de las decisiones extranjeras en este ámbito obliga a las personas afectadas a iniciar un nuevo procedimiento que, además de largo y costoso, puede llegar a comportar desajustes o situaciones claudicantes que, como vamos a ver a lo largo de este trabajo, incidan negativamente en el libre desarrollo de derechos fundamentales como la vida privada y familiar, la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual, o el derecho a la identidad, dentro del territorio europeo³.

3. Una familia no deja de ser una familia por haber modificado su lugar de residencia⁴, sin embargo, en la práctica, esta aseveración no es tan fácil de mantener y el estado civil puede cambiar cuando se traslada de un Estado a otro. La heterogeneidad de legislaciones nacionales en materia de estado civil nos constriñe a buscar el equilibrio entre el respeto al derecho sustantivo del Estado de acogida y la garantía de los derechos adquiridos en el Estado de origen en una pugna entre identidades nacionales⁵. En esta batalla, como vamos a ver a lo largo de este trabajo, el reconocimiento se convierte en una herramienta intermedia entre la unidad y la diversidad jurídica, logrando la homogeneización, pero sin llegar a la uniformización⁶. Cuando un suceso como la atribución de un nombre, la conclusión de un matrimonio o una pareja, o la determinación de una filiación afecta al estatuto personal, la necesidad de estabilidad se concentra en estos acontecimientos, emplazando a que sean reconocidos en los demás Estados con los que la persona concernida tenga o pueda tener vínculos⁷.

4. Desde la perspectiva del Derecho europeo, el método de reconocimiento se ha ido consagrando en el ámbito del estado civil

³ R. Baratta, "Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective", *Rivista di diritto internazionale private et processuale*, 2/2016, pp. 415-444 y "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr*, t-XVI, 2016, pp. 103-126; P. Jiménez Blanco, "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho Internacional privado", *REEL*, n° 35, 2018, pp. 1-49.

⁴ Como dijo la Presidenta de la Comisión Europea Ursula Von der Leyen, en Bruselas el 16 de septiembre de 2020 en su discurso sobre el Estado de la Unión: "Si eres padre/madre en un Estado lo eres en todos los países": https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655 (última entrada 20 septiembre 2023)

⁵ P. Mayer, "Les methodes de reconnaissance en droit international privé", *Melanges P. Lagarde*, París, Dalloz, p. 547; P. Kinch, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Rec. des Cours*, t. 318, 2006, p. 149.

⁶ G-P. Romano, "La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements en matière d'état des personnes", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 95(3), 2006, pp. 457-519; R. Baratta, "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPrax*, vol. 27, n° 1, 2007, pp. 4-11; C. Pamboukis, "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 97(3) 2008, pp. 514-560.

⁷ P. Lagarde, "La reconnaissance mode d'emploi", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 482-501, p. 491.

progresivamente a golpe de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión. Bajo la lógica de la libre circulación y del disfrute de los derechos y libertades europeas, se ha construido un mecanismo dirigido a permitir a los ciudadanos europeos disfrutar de la movilidad transfronteriza sin perder sus características personales y familiares. Se ha desarrollado una suerte de método de reconocimiento propio⁸ con el objetivo de asegurar la vocación de unidad y extraterritorialidad del estado civil por todo el territorio europeo que va dotando de contenido a la noción de ciudadanía convirtiéndola en un eficaz "*status civitatis*"⁹.

5. En la actualidad la competencia en materia de estado civil reside, sin lugar a dudas, en los Estados, sin embargo, al ejercitar dicha competencia no pueden obstaculizar el ejercicio de las libertades europeas en el territorio europeo y la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos se vería menoscabada si no se extiende a los miembros de su familia¹⁰. Ello nos lleva a tener que determinar, con carácter previo a su disfrute, quiénes son estos miembros y a delinear un modelo europeo de familia autónomo, reconocible en todos los Estados, orientado a garantizar la eficacia y aplicación uniforme del Derecho derivado.

6. En realidad, no existe un concepto de familia europeo, pero, aunque no está definido explícitamente, veremos que va a quedar delimitado por los derechos fundamentales de la Carta Europea de derechos fundamentales¹¹. El principio de igualdad y la prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad, raza u orientación sexual y el respeto a la vida privada y familiar se han proyectado sobre el derecho al nombre, el matrimonio o la filiación, de tal modo que con, independencia de que la consideración de familia varíe de un Estado a otro, se va perfilando un "estatus familiar europeo" resultante de la encrucijada entre el Derecho de familia, el Derecho Internacional privado y los derechos fundamentales¹².

7. A estos efectos, a lo largo de este trabajo veremos cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) abrió hace tiempo la senda del reconocimiento en el ámbito del estado civil, en un principio, unida al derecho del nombre y los apellidos; y ha ido avanzando a través de

⁸ Vid. S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017.

⁹ M. Requejo Isidro, "Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea", *Diario la Ley*, n.º 5903, 2003, ref. D-267.

¹⁰ Vid. R. Arenas, "Problemas derivados de la reagrupación familiar", *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 269-307; M. Soto Moya, "La libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *RDCE*, 2012, n.º 43, pp. 807-847.

¹¹ J.Y. Carlier y O. de Schutter (dirs), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 2002.

¹² S. Pfeiff, *La portabilité...*, *op. cit.* pp. 20-30.

la misma con paso firme en sucesivas decisiones que afectan a otros elementos como el matrimonio y la filiación (II), entre tanto habrá que determinar bajo qué condiciones y qué efectos produce ese reconocimiento en el ordenamiento jurídico del Estado requerido (III) y qué consecuencias va a tener para el Derecho internacional privado de los Estados miembros (IV).

II. EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO DEL ESTADO CIVIL Y EL LIBRE EJERCICIO DE LAS LIBERTADES EUROPEAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

8. Como consecuencia del ejercicio de libre circulación, adscrito a los ciudadanos europeos, el TJUE ha ido asentando una jurisprudencia orientada a garantizar que el estado civil constituido en un Estado miembro sea reconocido en los demás Estados miembros. Con el propósito de garantizar la libre circulación y residencia de todos los ciudadanos europeos y de sus familias, el Tribunal de Luxemburgo acude al reconocimiento de la situación creada válidamente en el Estado de origen en el resto de los Estados miembros, dotando de continuidad y permanencia al estatuto personal de los ciudadanos europeos en los supuestos de movilidad intraeuropea.

1. Derecho al nombre y los apellidos y las libertades europeas: un punto de partida en el método de reconocimiento

9. El Tribunal de Justicia se enfrentó, hace tiempo, a la incidencia que la diversidad material y conflictual existente en materia de nombre y apellidos de las personas físicas puede llegar a tener en el libre ejercicio de las libertades instauradas en los Tratados europeos. Los cambios en el nombre y apellidos que sufre un ciudadano europeo como consecuencia de la aplicación de distintos ordenamientos en función de la movilidad transfronteriza, pueden llegar a constituir un obstáculo al libre ejercicio de las libertades europeas y los Estados en el desarrollo de sus competencias deberán velar por que eso no suceda.

10. Son varias las ocasiones en las que el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse y analizar los vínculos entre el derecho del nombre y las libertades europeas. En primer lugar, en la Sentencia *Konstantinidis*¹³ se

¹³ STJCE 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, as. C 168/91.

planteó si la distinta transcripción del apellido de un nacional griego establecido en Alemania para ejercer su profesión, efectuada en el Registro alemán tras contraer matrimonio, podía resultar incompatible con el principio de libre establecimiento, en tanto provocaba un riesgo de confusión de identidades¹⁴. En este caso, la cuestión se centra en la compatibilidad de la normativa de Derecho Internacional privado alemán sobre acceso al Registro de nombre y apellidos con el Derecho comunitario y se llega a la conclusión de que entorpece y, por tanto, perjudica al ejercicio la libertad comunitaria desde una perspectiva económica¹⁵.

11. En esta resolución se apela a la transcendencia de preservar la estabilidad del nombre como derecho subjetivo de identidad de la persona. Se manifiesta la necesidad de que el nombre adquirido conforme a una determinada legislación sea reconocido en todos los Estados miembros para garantizar su permanencia, apuntalando una corriente hermenéutica que se ha ido reforzando con posterioridad¹⁶.

12. En segundo lugar, destacamos el asunto *García Avello*¹⁷ en el que la cuestión (en un sentido similar al caso *Niebuß*¹⁸) se traslada específicamente al ámbito del Derecho aplicable y gira en torno a si la conexión nacionalidad como criterio para determinar la ley aplicable puede llegar a ser contraria al principio europeo de no discriminación por razón

¹⁴ A. Lara Aguado, "Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho Internacional privado (La Sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993, caso Konstantinidis, asunto C-168/91)", *RDCE*, n.º 79, 1995, pp. 671-694.

¹⁵ Vinculada únicamente a la libertad de establecimiento pasa por alto el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, como subraya, R. Lawson, "Case C-168/91, Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt", *CMLR*, 1994, vol. 31, n.º 2, pp. 395-412; T. Ackermann, "Case C-148/02, Carlos García Avello v. État Belge, Judgment of the Full Court of 2 October 2003", *CMLR*, vol. 44, 2007, pp. 141-155.

¹⁶ A pesar de que en la Sentencia no se apela a la libre de circulación, en el Informe para la vista se pone de manifiesto que las medidas administrativas de los Estados que lesionan los derechos de la persona amparados por el Derecho comunitario vulneran el derecho a la libre circulación.

¹⁷ STJUE 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *García Avello*; 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*, n.º 6107, 2004, pp. 1-13.

A. Quiñones Escámez, "Derecho comunitario, derechos fundamentales, y denegación del cambio de sexo y apellido: un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE asuntos KB y García Avello)", *RDCE*, 2004, pp. 507-529; M. Gardeñes Santiago, "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (Reflexiones en torno a la sentencia García Avello, de 2 de octubre de 2009)", *GJ*, n.º 230, 2004, pp. 19-26.

¹⁸ STJCE 27 de abril de 2006, as. C-96/2004, *Standesamt Stadt Niebuß*, *Vid.* Á. Lara Aguado, "El caso Niebuß o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras", *Diario La Ley*, n.º 6560, 29 septiembre de 2006, Ref. D-210.

de la nacionalidad¹⁹. En el presente caso nos encontramos con dos niños hijos de un nacional español y una nacional belga nacidos en Bélgica e inscritos conforme al ordenamiento belga con el apellido de su padre. Pasados unos años, los padres solicitan el cambio de apellidos para adecuarlos al ordenamiento español y que figure el apellido paterno y el materno. Las autoridades belgas deniegan esa modificación que es recurrida por ser contraria al principio de no discriminación (art. 12 TCE) y al derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión (art. 18 TCE) y termina convirtiéndose en cuestión prejudicial al TJUE.

13. El Tribunal de Justicia centra su decisión en la idea de ciudadanía y doble nacionalidad. La nacionalidad como criterio de conexión, especialmente utilizado en el ámbito del estatuto personal, no es *per se* contraria al Derecho de la UE, pero puede serlo el resultado derivado de aplicar esa ley²⁰. De hecho, aunque se plantea el derecho a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad en lo que respecta a las normas que rigen su apellido, en el supuesto que nos ocupa, la clave al hablar de diferencia de trato no reside en la nacionalidad, porque en el caso de que la ley aplicable fuera la de la residencia también se aplicarían a nacionales de un mismo Estado normas distintas en cuanto poseyeran distinta residencia. La vulneración de las libertades europeas que se cuestionan, más concretamente del principio de no discriminación, no emana del criterio de conexión elegido por la norma de conflicto, sino de la viabilidad de reconocer el nombre determinado conforme a un punto de conexión elegido en otro Estado miembro para evitar los problemas que puede acarrear la diversidad en el ejercicio de las libertades comunitarias²¹.

14. En el asunto *García Avello*, las normas de conflicto belgas señalan la ley belga como ley aplicable para determinar el nombre y los apellidos, en tanto es la nacionalidad de los niños protagonistas. Sin embargo, también ostentan la nacionalidad española así que los padres solicitan se modifiquen los apellidos estipulados conforme al ordenamiento belga y se

¹⁹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 61-81.

²⁰ M. Gardeñes Santiago, "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la sentencia del TJCE Boukhalfa, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado", *RIE*, n.º 3 de 1996, pp. 863-877, p. 869; P. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho Internacional privado", *RDCE*, n.º 2, vol. I, 1997, p. 440.

²¹ A. Quiñones Escámez, "Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario (STJCE 10 de julio de 1999, as. C-430/1997, J. Johannes", *RDCE*, 2001, pp.

ponga en segundo lugar el apellido de la madre de acuerdo al ordenamiento de su otra nacionalidad, la española. La clave se encuentra en la doble nacionalidad de los niños y en si la denegación de dicha modificación por parte de las autoridades belgas es contraria al principio de igualdad de trato del art. 12 TCE derivado del estatuto de ciudadano. El Tribunal de Justicia establece que la discriminación en este caso radica en que no pueden ser tratados de igual manera los nacionales de un Estado miembro con una sola nacionalidad que los plurinacionales, que deberán tener derecho a elegir la determinación de sus apellidos conforme a cualquiera de las dos leyes nacionales siempre que sean las de un Estado miembro. De esta forma, insistiendo en la perspectiva sustantiva vinculada al derecho del nombre, se facilita la identificación del ciudadano y, a la par, se evitan los inconvenientes que en la libertad de circulación le puede ocasionar la coexistencia de diversidad de apellidos en distintos Estados miembros.

15. Lo relevante en esta decisión, en lo que al método utilizado respecta, es que se apela al reconocimiento del apellido de los menores estipulado de acuerdo a la ley española que es la ley de su otra nacionalidad, pero no se requiere la aplicación de la ley española por las autoridades belgas, sino únicamente el reconocimiento de su resultado en virtud de los arts. 12 TCE y 17 TCE. El TJUE apuesta por el reconocimiento del nombre y apellidos establecidos en otro Estado miembro conforme a la ley de su otra nacionalidad, sin requerir un control de la ley aplicable. El reconocimiento en este sentido es una fórmula “abreviada” que atiende a la obligación impuesta por el Derecho europeo a los Estados miembros de no denegar injustificadamente a una persona un estatuto jurídico que le corresponda legalmente en virtud de la legislación de otro Estado miembro, en la medida en que puede perjudicar sus derechos como ciudadano²².

16. De un modo similar a lo sucedido en el asunto *Niebuß*, en el que un nacional de un Estado miembro es inscrito en otro Estado miembro de acuerdo al sistema conflictual de ese otro Estado, los problemas se plantean cuando el resultado de aplicar la norma de conflicto de otro Estado miembro no coincide con el que se hubiera derivado de la aplicación de la ley nacional (en el asunto *Niebuß* conforme a la ley de su residencia y en *García Avello* conforme a su otra ley nacional) y ello acarrea el no reconocimiento a efectos de la certificación registral. De la falta de reconocimiento se extrae un requerimiento de control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen que busca que el apellido impuesto sea el mismo que se hubiera

²² T. Ackermann, “Case C-148/02...”, *loc. cit.*, p. 152.

determinado conforme a su ley nacional exigiendo la equivalencia de resultados²³.

17. No podemos olvidar que el Tribunal de Justicia analiza esta cuestión desde el punto de vista del Derecho europeo y, en ese sentido, concluye que lo que perjudica al ejercicio de las libertades comunitarias y, en este caso específico, atenta contra la igualdad de trato, es la negativa a reconocer los efectos de medidas que son legales con arreglo a un sistema jurídico que emplea otro criterio de conexión, y que la diversidad resultante como consecuencia menoscaba la libertad de circulación. Por tanto, no se cuestiona la aplicación de la norma de conflicto en materia de nombre y apellidos y, dando un paso más respecto al asunto *Konstantinidis*, apela a la “extensión del principio de reconocimiento muto que subyace en la gran mayoría del Derecho comunitario, no solo a la esfera económica, sino también en asuntos civiles”²⁴.

18. Esta exigencia del reconocimiento del nombre y los apellidos determinados conforme han sido establecidos en otro Estado miembro, con independencia del criterio elegido por la norma de conflicto en el Estado de origen, tiene su fundamento en el obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación y residencia que supone la diversidad en caso de que no se produzca ese reconocimiento. Y se corrobora posteriormente en la Sentencia del TJUE emitida en el asunto *Grunkin–Paul*, donde se asienta definitivamente el método del reconocimiento, a la vez que se van delineando los parámetros que marcan el desarrollo de la competencia de los Estados en el ámbito del estado civil a nivel europeo²⁵. En esta ocasión se compele directamente a las autoridades competentes a reconocer el nombre y los apellidos de sus nacionales, tal y como han sido determinados previamente en el lugar de su nacimiento y residencia, con independencia del criterio elegido por la norma de conflicto del Estado de origen y, por tanto, sin imponer el respeto a la ley nacional del Estado requerido.

19. Efectivamente, la falta de reconocimiento comportaría una diversidad que origina obstáculos al ejercicio de las libertades europeas y que no puede

²³ Tal y como se establecía en el ordenamiento español, Vid. N. Magallón Elósegui, “La DGRN ante la Jurisprudencia europea en materia de nombre y apellidos”, *REDI*, vol. LXII, (2010)2, pp. 149–164; J.C. Fernández Rozas, “Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1981–2, pp. 597–624,

²⁴ Tal y como establece la Abogada Eleanor Sharpston en las Conclusiones presentadas el 24 de abril de 2008, asunto C–353/06, en especial 90–93.

²⁵ STJCE 14 de octubre de 2008, Vid. Á. Lara Aguado, “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos del estado civil, (a propósito de la STJ 14 de octubre de 2008: *Grunkin Paul y Standesamt Stadt Niebüll*)”, *Diario La Ley*, nº 7104, 30 de enero de 2009, Ref. D–28

justificarse de manera proporcionada²⁶. En esta ocasión, se alude a la posibilidad de los Estados miembros de denegar el reconocimiento, pero entre los motivos “proporcionados” para ello no se encuentra ni la prevalencia de un criterio de conexión sobre otro por considerarse más objetivo para determinar el apellido de forma cierta y continuada, ni la finalidad de garantizar la unidad de apellidos entre hermanos, ni la igualdad de trato entre nacionales determinando el nombre y los apellidos de idéntica manera a todos ellos. De esta forma se van perfilando las causas de denegación de reconocimiento de los ordenamientos e, indirectamente, delimitando las alegaciones unidas a la excepción de orden público que pueden utilizar los Estados miembros.

20. A través de esta Sentencia en el as. *Grunkin Paul*, el Tribunal de Justicia afianza una interpretación que obliga a los Estados miembros a reconocer el nombre y los apellidos determinados en el Estado miembro, bien de la nacionalidad, bien de la residencia o lugar de nacimiento del ciudadano europeo, en aras a garantizar el libre ejercicio de las libertades comunitarias. Ello tiene como consecuencia inmediata la revisión de las normas de reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras de los ordenamientos estatales que deberán facilitar la continuidad del nombre y los apellidos y, por tanto, adecuar el control de la excepción de orden público, por lo menos, en situaciones intracomunitarias²⁷.

21. En materia del derecho al nombre y los apellidos encontramos el germen de un nuevo modelo de reconocimiento de decisiones, actos y documentos, aplicable en el ámbito del estado civil en el contexto de la Unión Europea. Aunque es cierto que, en el caso de la determinación del nombre y los apellidos, se trata de un reconocimiento estrechamente unido al derecho subjetivo de identidad en cierto modo separado del estado civil²⁸,

²⁶ Siguiendo al TJCE en el ap. 29, en el as. *Grunkin-Paul*: “Un obstáculo a la libre circulación como el resultante solo podría justificarse si se basara en condiciones objetivas y fueran proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido”.

²⁷ N. Magallón Elósegui, “La DGRN ante la Jurisprudencia europea en materia de nombre y apellidos”, *REDI*, 2010, 2, pp. 149–164; S. Álvarez González, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario”, *Diario La Ley*, nº 5876, 22 de octubre de 2003, pp. 1–5; R. Caro Gándara, “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la STJ 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones del Estado civil, de 14 de diciembre de 2010)”, *La Ley Unión Europea*, nº 3, abril 2013.

²⁸ En este sentido se pronunció la Abogada General Eleanor Sharpston en las Conclusiones de 24 de abril de 2008, en el as. *Grunkin Paul*, C-356/06, Ap. 93, “Por último quiero señalar que, mientras la determinación del apellido de una persona puede ser un asunto que esté incluido dentro del ámbito de las normas relativas al estatuto personal, es una materia específica dentro de este ámbito. Entraña la identificación, que es un ámbito separado del estatuto jurídico y la

como vamos a ver a continuación, ha servido de punto de partida a una jurisprudencia emitida con posterioridad que ha seguido avanzando progresivamente hacia la instauración del reconocimiento en otras materias como el matrimonio y la filiación.

2. Reconocimiento del matrimonio en toda la Unión

22. El método de reconocimiento esgrimido en el ámbito del nombre y los apellidos se extiende a nivel europeo a la existencia y validez del matrimonio a través de la Sentencia emitida años más tarde por el TJUE en el asunto *Coman*²⁹. Cuando los ciudadanos europeos se desplazan de un Estado a otro, lo hacen habitualmente acompañados de sus familias, de modo que el derecho a la libre circulación afecta inevitablemente a todos sus miembros: cónyuge e hijos. Ello nos obliga a delimitar, con carácter previo a la aplicación del Derecho de la Unión, la existencia y validez tanto del matrimonio, como de la filiación, y ambas materias son competencia de los Estados. Dada la diversidad normativa coexistente en Europa en Derecho de familia, esta tarea puede llevarse a cabo por el método conflictual (que nos compele a tener que elegir entre la ley nacional del Estado de origen y la del Estado de acogida) o por el método de reconocimiento.

23. El asunto *Coman* refleja los problemas que la diversidad reinante en los Estados miembros –esta vez en materia de matrimonio– puede ocasionar en el ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos europeos y ratifica la necesidad de dotar de continuidad al estado civil de las personas, al menos en el espacio europeo. Más concretamente, la cuestión en este caso gira en torno al concepto de “cónyuge” de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³⁰. Las dudas se hallan en la viabilidad de integrar en el concepto de la norma europea a un nacional de un tercer Estado casado, con arreglo a un Estado europeo distinto del Estado de acogida, con un nacional y ciudadano de la Unión de su mismo sexo. De esa interpretación dependerá la concesión del derecho de residencia contemplado en la Directiva en Rumania al “cónyuge” americano de un nacional rumano para poder trabajar y residir legalmente

capacidad. En consecuencia, no considero que sea necesario declarar que una norma relativa a los apellidos pueda extrapolarse a otros ámbitos”.

²⁹ STJUE 5 de junio de 2018, as. C-673/16, *Coman*.

³⁰ Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 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, DO 2004, L158.

en dicho Estado junto a su pareja. Debemos tener en cuenta que ambos han residido en Bélgica y desean establecerse en Rumania haciendo uso del principio de libre circulación de personas de la que disfrutan los ciudadanos de la Unión, sin embargo, conforme al Código civil rumano, los matrimonios entre persona del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos romanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumania.

24. Como podemos observar, el debate se centra en el concepto de “cónyuge” incluido en la Directiva 2004/38 y en su potencial definición conforme al Estado de origen o al Estado de acogida en aras a contener, o no, a los miembros de un matrimonio homosexual en el ámbito de aplicación de la norma para concederle el permiso de residencia. Pero, bajo esa aparente polémica conceptual, subyace otra cuestión que es la que nos interesa en este trabajo: el reconocimiento del matrimonio homosexual valido constituido en un Estado miembro en otro Estado en el que no se admiten (o incluso se prohíben) este tipo de matrimonios³¹.

25. El Abogado general en sus conclusiones³² defiende la necesidad de instaurar una definición autónoma y uniforme del término, y propone que el TJUE admita dentro del concepto de la Directiva 2004/38 al miembro de un tercer Estado del mismo sexo con la finalidad de garantizar la libre circulación de los ciudadanos europeos. Ahora bien, consciente de que es una materia especialmente delicada y cuya competencia reside en los Estados, pone especial énfasis en delimitar el sentido de esta interpretación. Establece que esta interpretación no tiene por qué afectar a la competencia del Estado rumano en materia de matrimonios, puesto que no comporta la obligación de reconocer los matrimonios del mismo sexo a todos los efectos sino, únicamente, en aplicación de la Directiva 2004/38 cuando lo requiere el ejercicio de la libre circulación de sus componentes.

26. Debemos tener en cuenta que es una interpretación del término incluido en la norma europea, no del Derecho rumano, así que el resto de los efectos que el matrimonio pudiera tener, o no, en ese Estado no se deberían ver perturbados conforme a la misma. La consideración de “cónyuge” se limita a los efectos pertenecientes al Derecho de la Unión, en principio, a efectos de carácter administrativo vinculados al Derecho público que actúan en un plano distinto al de los efectos civiles.

³¹ M. Soto Moya, “La libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, nº 43, pp. 807–847.

³² Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, 11 de enero de 2018, asunto C–673/16.

27. El Tribunal de Justicia adopta la argumentación del Abogado general y reafirma que, a pesar de que la competencia para ordenar el estado civil de las personas reside en manos de los Estados miembros –como hemos visto anteriormente en materia de nombres y apellidos– en el ejercicio de su competencia deben respetar el Derecho de la Unión³³. Con ello, no se invoca al reconocimiento de los matrimonios homosexuales en Rumania sino únicamente de aquellos afectados, y a efectos de beneficiarse del derecho de circulación y residencia³⁴.

28. Debemos apostar por una interpretación del concepto de “cónyuge” que, tal y como subraya el abogado general “garantice un alto nivel de seguridad y de transparencia, dado que el ciudadano de la Unión que haya contraído matrimonio legalmente sabe que su consorte, con independencia del sexo, será considerado su cónyuge en el sentido de la Directiva en los otros 27 Estados de la Unión”. A efectos de lograr la continuidad y permanencia extraterritorial del *estatus civil* es importante establecer una interpretación autónoma que permita aplicar la normativa europea de manera uniforme en todos los Estados de la UE³⁵. Según las orientaciones de la Comisión para una mejor transposición de la Directiva 2004/38, los matrimonios “válidamente contraídos en cualquier lugar del mundo deben reconocerse a efectos de aplicación de la Directiva”³⁶.

29. Podemos concluir que, en la determinación de la condición de cónyuge, aunque sea a efectos de aplicar la normativa europea que concierne al derecho de residencia, prevalece el método del reconocimiento de la institución matrimonial válida en un Estado miembro en el resto de los Estados, pero tenemos que concretar con qué alcance. Así en la Sentencia *Coman* se separa claramente el significado de cónyuge conforme a la

³³ STJCE 2 de octubre de 2003, as. *García Avello*, C-148/02, ap. 25, también se alude a la competencia de los Estados en materia de estado civil de las personas, pero el necesario respeto a las libertades y principios europeos en su desarrollo en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2001, C-147/08, as. *Römer*, ap. 30 y de 1 de abril de 2008, C-267/06, as. *Maruko*, ap. 59; *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*, n.º 62, 2019, pp. 41-79, pp. 49-53.

³⁴ Ap. 41 de las Conclusiones del Abogado: “(...) se trata únicamente de precisar el alcance de una obligación que resulta de un acto de la Unión. En consecuencia, la interpretación del concepto de cónyuge, limitada al ámbito de aplicación del Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no pondrán en tela de juicio la actual libertad de los Estados miembros respecto de la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo”.

³⁵ En ese mismo sentido, R. Arenas García, “Concepto y tratamiento del matrimonio en el DIPr europeo”, *La Ley Derecho de familia*, n.º 26, 2020 (Ejemplar dedicado a: Derecho de familia de la Unión Europea), pp. 1-30.

³⁶ COM (2009) 313 final.

Directiva 2004/38, concluyendo que en ese concepto se deben integrar a los matrimonios del mismo sexo³⁷ y respondiendo de esta manera a la primera cuestión prejudicial, de su régimen de eficacia que se erige en segunda cuestión prejudicial.

30. Tal y como se extrae de la Sentencia el TJUE, al igual que en materia de nombre y apellidos, se recurre otra vez a la técnica del reconocimiento obviando el método conflictual y, en aplicación de este mecanismo, el matrimonio celebrado en un Estado de conformidad con el Derecho del Estado de celebración ha de ser reconocido como válido en el resto de los Estados miembros sin llevar a cabo control de la ley aplicada en el Estado requerido y, por tanto, sin recurrir al ordenamiento competente³⁸. Se trata de valorar el estatus válidamente adquirido en otro Estado miembro y, en esa operación, se produce un desplazamiento metodológico de la cuestión que deja atrás la pregunta de la ley aplicable a la tradicional “cuestión previa” para situarse en clave de reconocimiento en cuáles son las condiciones para reconocer ese estado³⁹.

31. De modo que habrá que determinar qué efectos produce ese reconocimiento⁴⁰. De hecho, de esta decisión no se puede extraer la extensión del reconocimiento a todos los matrimonios del mismo sexo con carácter general y en todos los Estados miembros, ni siquiera de todos los matrimonios, en aras a proteger el principio de libre circulación, y no se descarta la posibilidad de que los Estados puedan denegar el reconocimiento por razones de orden público cuando se pretendan efectos que van más allá del derecho de residencia, así que se deberá ponderar en cada caso⁴¹. Por ejemplo, si nos encontráramos ante un matrimonio forzado o fraudulento se podrían acudir a razones de orden público y denegar su reconocimiento⁴². Aun así, entre las razones de orden público que pueden

³⁷ Ap. 35 de la Sentencia “En cuanto a si el concepto incluye al nacional de un tercer Estado del mismo sexo del ciudadano de la Unión, con el cual ha contraído matrimonio de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, debe recordarse ante todo que el concepto de cónyuge en sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista de género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la unión de que se trate”.

³⁸ P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Pádua, Cedam, 1986.

³⁹ S. Álvarez González, “¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. 69, nº 1, 2017, pp. 19–48; E. Pecourt García, “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, pp. 11–60.

⁴⁰ R. Arenas García, “Concepto y...”, *loc. cit.*, p. 22.

⁴¹ S. Álvarez González, “¿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, 28 de febrero de 2018.

⁴² Conforme a las orientaciones emitidas por la Comisión a los Estados miembros para una mejor transposición de la Directiva, COM (2009)313 final, los matrimonios forzados, o los

esgrimirse para denegar el reconocimiento de un matrimonio del mismo sexo válido en otro Estado miembro, no se encuentra el desconocimiento o prohibición del mismo en el ordenamiento del Estado requerido, al menos en lo que respecta al derecho de residencia.

32. En este contexto la Sentencia atiende al respeto a la identidad nacional y, en su amparo, a la excepción de orden público como causa de denegación del reconocimiento y potencial restricción a la libre circulación⁴³. Pero también establece límites a su utilización como excepción para denegar el reconocimiento puesto que, en la medida que afecta a las libertades europeas, deberá reducirse a la “existencia de una amenaza real y suficientemente grave” que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado de acogida y, el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo, a efectos de conceder el derecho de residencia, no afecta a la identidad nacional ni supone una amenaza al orden público nacional⁴⁴.

33. En esta Sentencia la obligación de reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo está sujeta únicamente a la concesión de la residencia a sus componentes, pero no siempre va a ser fácil desligar ese reconocimiento de otros efectos vinculados a la cualidad de cónyuge y que pueden estar asociados también a la libertad de circulación. El reconocimiento del *estatus civil* se halla estrechamente vinculado a la obtención de otro tipo de prestaciones, sociales o ventajas fiscales, por ejemplo, que también pueden verse afectadas en supuestos de movilidad y que afectan al desarrollo de la vida privada y familiar de los cónyuges como derechos fundamentales reconocidos en la Carta europea. El disfrute de la libre circulación también se encuentra unido al derecho de continuidad de la vida privada y familiar y, aunque el régimen de ciudadanía europea no se extiende a los miembros de la familia en virtud de ese derecho, sino el ejercicio de la libre circulación y residencia, se erige en parámetro de valoración de las competencias europeas⁴⁵.

34. Por su parte, el art. 9 de la Carta europea de derechos fundamentales, que garantiza el derecho a contraer matrimonio, esta formulado en términos “neutros” desde la perspectiva de género y esa es la configuración que marcará el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 7 de la

matrimonios de conveniencia y fraudulentos no se integran en el ámbito de aplicación de la Directiva.

⁴³ STJUE 5 de junio de 2018, as. C-673/16, *Coman*, ap. 34.

⁴⁴ *Ibid.*, ap. 46; Vid. M. Requena Casanova, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencia del asunto *Coman* y otros”, *RDCE*, n.º 62, 2019, pp. 41-79, p. 70.

⁴⁵ En este sentido, P. Jiménez Blanco, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho Internacional privado”, *REEL*, n.º 35, 2018, pp. 1-49.

Carta europea. En combinación de ambos preceptos podemos concluir que el ejercicio de un derecho fundamental garantizado por la Carta europea, como es el derecho a la continuidad de dicha vida familiar, incluye la convivencia de las uniones del mismo sexo a todos los niveles, de manera que podría llegar a convertirse en un límite más genérico del recurso del orden público para denegar el reconocimiento de matrimonios del mismo sexo extendiendo sus efectos progresivamente⁴⁶.

3. La extensión del método de reconocimiento a la determinación de la filiación

35. La Sentencia emitida por el TJUE en el asunto *Pancharevo*⁴⁷ resuelve sobre la denegación de la emisión de un certificado de nacimiento en Bulgaria para expedir el documento nacional de identidad de una menor nacional búlgara nacida en España, en tanto en su certificado de nacimiento conforme al asiento del Registro civil español (ley nacional) figuran dos madres como progenitoras, sin distinguir cuál de ellas es la madre biológica. Las autoridades búlgaras solicitan pruebas respecto a la identidad de la madre biológica y deniegan la emisión del certificado invocando el orden público búlgaro, dado que en Bulgaria no se acepta el matrimonio entre personas del mismo sexo.

36. En esta resolución convergen las cuestiones que hemos visto a lo largo de este trabajo con anterioridad y se mezcla el reconocimiento de la filiación realizada en un Estado miembro en otro Estado miembro, con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, todo ello en virtud del reconocimiento de la certificación registral de otro Estado miembro y con el objetivo de otorgar a un menor nacional de un Estado miembro el documento de identidad que le permita circular libremente por el territorio europeo, junto a sus dos progenitoras, preservando su identidad.

37. Como vamos a observar, en la Sentencia del TJUE en el asunto *Pancharevo* se traen a colación parte de las conclusiones extraídas de la Sentencia del TJUE emitida en el asunto *Grunkin Paul*⁴⁸ y en el asunto *Coman*⁴⁹, para asentar la utilización del método de reconocimiento en el ámbito del estado civil. Con ello, se revalida la tendencia mostrada a través de las Sentencias anteriores y, si bien es cierto que, en este sentido se

⁴⁶ R. Arenas García, "Concepto...", *loc. cit.*, p. 24

⁴⁷ STJUE 14 de diciembre 2021, as. C-490/20 *Pancharevo*.

⁴⁸ STCE 14 de octubre de 2008, as. C-353/06, *Grunkin Paul*.

⁴⁹ STJUE 5 de junio de 2018, as. C-673/16, *Coman*.

fundamenta en un discurso “previsible y poco arriesgado” ligado al ejercicio de las libertades europeas⁵⁰, creemos que aventura pequeños avances en la delimitación de la utilización del orden público y el obligado respeto a los derechos fundamentales de la Carta europea.

38. La Sentencia establece que las autoridades búlgaras, siempre, en aras a garantizar la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos (art. 21 TFUE), deben emitir un documento de identidad en el que conste la filiación de la menor respecto a sus dos progenitoras, tal y como figuran en el certificado de nacimiento formulado por las autoridades de otro Estado miembro en el que tiene su residencia y conforme a la ley aplicada en ese Estado miembro, sin poder exigir que esa certificación concuerde con su ley nacional⁵¹. Además, deberán reconocer el vínculo de la filiación establecido en esa certificación para que ambas progenitoras pueden acompañar a la menor en el ejercicio de sus libertades europeas. De modo que, reconocida la certificación, no se trata de realizar una nueva certificación en el Estado requerido⁵², sino de aceptar que, conforme al documento emitido en origen ambas madres deben ser consideradas progenitoras, cónyuges, y la menor su descendiente directa a los efectos de aplicar los actos de Derecho derivado que correspondan y, de esa forma, no obstaculizar sus derechos.

39. En la misma línea hermenéutica seguida con anterioridad en el asunto *Coman* y repetida poco después en el asunto *KS–SVD*⁵³, el Tribunal insiste en que este reconocimiento no supone la modificación del Derecho nacional del Estado requerido para que “contemple”, en ese caso, la parentalidad de las personas del mismo sexo, ni que se reconozca la filiación con ambas progenitoras con “fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere al menor”⁵⁴. Supone por tanto el reconocimiento de la filiación constituida en un Estado miembro de la Unión únicamente a los efectos de expedir un documento que les permita ejercer su derecho a la libre circulación. A pesar de que la competencia para regular,

⁵⁰ 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 Lley: Unión Europea*, nº 102, de 29 de abril de 2022.

⁵¹ Ap. 44.

⁵² De hecho, tal y como apunta, S. Álvarez González, “La justicia...”, *loc. cit.*, p. 8, el TJUE elude contestar a la cuestión prejudicial de manera directa que se refiere a: ¿pueden las autoridades búlgaras denegar la expedición de una certificación búlgara de nacimiento? Porque si se emitiera una nueva certificación ésta tendría más efectos que aquellos vinculados a las libertades europeas.

⁵³ ATJUE 24 de junio de 2022, as. C2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich v. KS*; Vid. N. Goñi Urriza, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en el Estado miembro. En torno a la Sentencia *Pancharevo* y el ATJUE K. S.–V.D.”, *CDT*, vol. 15, nº 1, 2023.

⁵⁴ Ap. 57.

o no, los matrimonios entre personas del mismo sexo, reside en manos de los Estados miembros, en su ejercicio deben respetar el Derecho de la Unión y, a efectos de no obstaculizar su aplicación, reconocer el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro, conforme a la ley de ese Estado, sin que pueda invocarse el orden público. Si proyectamos estas conclusiones sobre la Sentencia que nos ocupa llegaremos a una conclusión similar a la que llegábamos en las páginas anteriores y, en tanto, este reconocimiento se circunscribe a garantizar la normativa de Derecho derivado ello no significa que Bulgaria deba reconocer la filiación de la menor, ni el matrimonio de personas del mismo sexo, a otros efectos más allá de la libre circulación.

40. En esta decisión se traen a colación los argumentos establecidos en la jurisprudencia analizada también en lo que respecta a la excepción de orden público nacional para denegar el reconocimiento y se insiste en los siguientes principios: la alegación del orden público para no reconocer la relación de filiación constituida en otro Estado miembro no puede ser determinada de manera unilateral y estará sometida al control de las instituciones de la UE; y su aplicación cuando afecte a las libertades europeas, únicamente, podrá ser utilizada de manera restrictiva.

41. En la Sentencia emitida en el asunto *Pancharevo*, al igual que sucedió en el asunto *Coman*, se alude al art. 7 de la Carta de derechos fundamentales y a su directa vinculación con el art. 21.1º TFUE que se consolida como parámetro de interpretación. Como hemos visto, en la Sentencia *Coman* el respeto a la vida privada y familiar servía de argumento para interpretar el concepto de “cónyuge” de la Directiva 2004/08 e incluir a la pareja homosexual; y, en este caso, se apela al derecho a llevar una vida familiar normal de la menor para reconocer su vínculo con ambas progenitoras.

42. La argumentación aludida vinculada a la Carta europea de derechos fundamentales puede tener un mayor recorrido que el que se presenta en estas decisiones. El derecho a la vida privada y familiar va más allá, y garantizar su verdadero respeto debería incluir el reconocimiento de esa familia en todos los ámbitos que afectan a su vida familiar que son muchos otros, únicamente de esa forma se otorgaría verdadera continuidad y permanencia al estado civil de las personas en todo el territorio de la UE y se garantizaría el ejercicio de sus libertades. En esta dirección se orienta la Propuesta de la Comisión de Reglamento relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un

certificado de filiación europeo⁵⁵ que, precisamente, tal y como establece su Exposición de motivos tiene como objetivo reforzar la protección de los derechos fundamentales, y de otros derechos, de los hijos en situaciones transfronterizas, especialmente a todos aquellos que quedan afectados por la movilidad y la ausencia de reconocimiento. Así, la Propuesta se refiere a su derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar que ya habían sido traídos a colación por el TJUE, pero además incluye también otros como los derechos sucesorios y de alimentos, todo ello con el interés superior del menor como regla base.

43. La Propuesta extiende el reconocimiento automático de la filiación establecida en un Estado miembro en el resto de los Estados miembros a efectos que van más allá que los estipulados por el TJUE y lo amplía a otros derechos derivados de la paternidad en virtud de las legislaciones nacionales como la sucesión, la manutención, la custodia o el derecho de los padres a actuar como representantes legales del niño para todo tipo de cuestiones relacionadas con la escolarización o salud.

44. La Propuesta establece que unos dos millones de hijos se encuentran actualmente en una situación en la que su filiación determinada en un Estado miembro no se reconoce a todos los efectos en otro Estado miembro y, aunque los Estados miembros están obligados a reconocer la filiación determinada en otro Estado miembro a efectos de los derechos derivados del Derecho de la Unión, las familias pueden verse coartadas a la hora de ejercer su derecho a la libre circulación por temor a que la filiación de sus hijos no sea reconocida a todos los efectos en otro Estado miembro.

45. Teniendo en cuenta que, en el Derecho internacional, el Derecho de la Unión y las legislaciones de los Estados miembros, todos los hijos tienen los mismos derechos sin discriminación, la propuesta abarca el reconocimiento de la filiación del hijo con independencia de cómo se concibió o nació y del tipo de familia. Así pues, incluye el reconocimiento de la filiación del hijo con progenitores del mismo sexo, así como el reconocimiento de la filiación del hijo adoptado en el ámbito interno nacional de un Estado miembro y plantea nuevas incógnitas en lo que respecta a la filiación derivada de la gestación por subrogación que exceden de este trabajo. A pesar de ello, la Propuesta no afecta a la competencia de los Estados miembros para aprobar normas sustantivas de Derecho de familia, como las relativas a la definición de familia o a la determinación de la filiación en situaciones internas, ni a las normas de los Estados miembros sobre el reconocimiento de matrimonios o uniones registradas.

⁵⁵ COM (2022) 695 final.

III. ALCANCE Y TIPO DE EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO DEL ESTADO CIVIL EN EUROPA

46. El reconocimiento implica la extensión de los efectos de una resolución extranjera de un Estado a otro, así que se trata admitir que pueda desplegar cierta dosis de eficacia, aunque sea parcial, en el Estado receptor. A continuación, deberemos concretar los límites a esa eficacia y el tipo de efectos que conlleva el reconocimiento en el ámbito del estado civil en Europa en virtud de la jurisprudencia analizada. A la hora de concretar los posibles efectos que va a tener el reconocimiento de la situación, acto, condición o estado creada en un Estado miembro en otro Estado miembro, tendremos en cuenta los distintos tipos de efectos a los que nos referimos derivados del reconocimiento con el objetivo de separar cuáles quedan sometidos al libre ejercicio de las libertades y hasta dónde puede llegar su alcance.

47. En primer lugar, diferenciaremos entre los efectos directos del reconocimiento y los efectos derivados, que se producen como consecuencia del reconocimiento, pero al margen del mismo⁵⁶. Cuando hablamos de reconocimiento en sentido estricto aludimos a los efectos de carácter procesal de la decisión, pero el reconocimiento también trae consigo una serie de consecuencias desde el punto de vista material, vinculadas a la propia existencia de la decisión extranjera que le pueden llevar a convertirse en un hecho relevante para el Derecho sustantivo que va a regir el fondo del asunto⁵⁷. Este tipo de efectos revisten especial protagonismo en el ámbito del estado civil en el que coexisten resoluciones propias de la jurisdicción voluntaria con una eficacia, fundamentalmente, constitutiva, y documentos o actos públicos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica. En este trabajo nos vamos a centrar en este tipo de efectos que quedan al margen del procedimiento de reconocimiento procesal y se integran en un reconocimiento de carácter material⁵⁸.

48. Entre los efectos producidos al margen del reconocimiento en el ámbito del estado civil que las decisiones de un Estado miembro pueden

⁵⁶ J.D. González Campos y R. Recondo Porrua, *Lecciones de Derecho Procesal civil internacional*, Universidad de Oviedo/Universidad de Deusto, Bilbao, 1979, pp. 160–163.

⁵⁷ P. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones...*, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁸ F. Garau Sobrino diferencia entre dos tipos de reconocimiento: el reconocimiento procesal y el reconocimiento material al margen del Derecho procesal civil, en *Los efectos...*, *op. cit.*, p. 27.

tener en otro Estado miembro hallamos los efectos en calidad de “hecho jurídico” y los efectos probatorios⁵⁹.

49. La noción de efecto “de hecho” de una resolución, también denominada “efecto reflejo” como hecho jurídico, comporta que la decisión produzca efectos vinculados a la idea de “justa causa” para realizar actuaciones en el Estado del foro⁶⁰. La decisión es un hecho jurídico constatable que existe y produce efectos en el Estado de origen y, por tanto, puede equipararse a un hecho o dato más de la realidad de su existencia con el objetivo de aplicar una norma en otro Estado. Se trata de un efecto que deberá ser ponderado caso por caso.

La eficacia sustancial como hecho jurídicamente vinculante, en realidad, no resulta de un procedimiento de reconocimiento, sino de la admisibilidad o respeto de la situación creada previamente en una decisión extranjera en el contexto de una relación jurídica. Ello no supone que no nos encontremos ante un supuesto de reconocimiento, pero no está en juego el valor probatorio del hecho sino la vinculación de los Tribunales a esa resolución. De esta forma es un reconocimiento que se puede producir de manera automática supeditado a una relación jurídica determinada⁶¹.

50. En segundo lugar la eficacia probatoria de una resolución extranjera se encuentra vinculada a su naturaleza de acto o documento público en la que ha intervenido una autoridad pública extranjera. En este sentido puede ser utilizada, al margen de su reconocimiento procesal, para acreditar hechos y dotar de eficacia a la situación jurídica creada. La decisión extranjera servirá como medio de prueba para demostrar la existencia de unos “hechos constatados” en una suerte de eficacia sustancial, también llamada eficacia como presupuesto normativo⁶². Ello permite que el contenido de la decisión sea considerado vinculante con la finalidad de subsumirlo en el supuesto de hecho de una norma y que la situación creada sea tenida en cuenta para dotarle de efectos sustantivos distintos a los derivados propiamente del hecho en sí mismo.

51. El método de reconocimiento que asientan las decisiones del TJUE que hemos analizado comporta este tipo de efectos materiales dirigidos a

⁵⁹ Vid. M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartin Alferez, *Derecho procesal civil internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 403-406.

⁶⁰ La noción de efecto de hecho proviene de la doctrina francesa, Vid. Bartin, “Le jugement étranger considéré comme un fait”, *Journ. dr. int.* 1924, t. 51, pp. 857-876; Vid. J. D. González Campos y R. Recondo Porrua, *Lecciones...*, op. cit., p. 124; P. de Miguel Asensio, *Eficacia...*, op. cit., p. 79-80.

⁶¹ P. De Miguel “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 41-70

⁶² Vid. F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, op. cit., pp. 72-73.

constatar un hecho jurídicamente relevante, pero no trae consigo un reconocimiento procesal⁶³. En las Sentencias *García Avello* y *Grunkin Paul* se reconoce el nombre y los apellidos según han sido establecidos conforme a la ley aplicable en el ordenamiento del Estado de origen, en el primer caso únicamente con la finalidad de modificarlos y en el segundo de emitir un pasaporte. Del mismo modo, en el asunto *Coman*, se acepta la condición de “conyuge” dentro de un matrimonio del mismo sexo para emitir un permiso de residencia, y en el caso *Pancharevo* se reconoce la filiación determinada en un certificado de nacimiento de otro Estado miembro a efectos de otorgar a una menor un documento nacional de identidad.

52. La cuestión se traslada, entonces, a si el ordenamiento del foro al que pertenece la norma material que se va a aplicar en virtud de ese hecho requiere el previo reconocimiento de la decisión extranjera o se admite un reconocimiento directo. A nuestro parecer, teniendo en cuenta que no se está otorgando un reconocimiento de eficacia procesal con fuerza jurídica en el Estado requerido y que, simplemente, nos encontramos en el ámbito de la prueba, creemos, que no se requiere un procedimiento de reconocimiento como acto jurisdiccional y que es suficiente con el reconocimiento automático⁶⁴. Como vemos tanto en el asunto *Coman*, o en el asunto *Pancharevo*, no se dispone el reconocimiento del certificado de matrimonio o de la certificación registral de nacimiento del país de origen en el Estado requerido sino, únicamente, de la existencia del vínculo que constituyen.

53. El reconocimiento de la situación creada al que se refiere el TJUE se dirige a garantizar la continuidad del estatuto personal y la permanencia de un Estado a otro, pero sin recurrir a mecanismos de control de la ley aplicable, de tal modo que no se abandona la aplicación de la ley del Estado de origen conforme a la que se ha creado el hecho y el reconocimiento de los efectos derivados de esa situación seguirán sometidos al sistema de reconocimiento del Estado receptor, abocado en la mayoría de las ocasiones al reconocimiento conflictual⁶⁵. De esta forma se limita el método de reconocimiento a los efectos que se basan en la creación de la situación, es decir si el matrimonio es válido, o si se ha establecido un vínculo de filiación, y con el objetivo de garantizar la aplicación eficaz y uniforme del Derecho derivado. Tan solo se extiende al reconocimiento a los hechos que no son disociables de la creación de la situación pero no al resto de los efectos, que no se han producido a no ser que la ley que les es aplicable les conceda la

⁶³ En el mismo sentido, S. Pfeiff, *La portabilité...*, *op. cit.*, pp. 39-38.

⁶⁴ En este sentido, M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartin Alferez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 405.

⁶⁵ *Vid.* P. Lagarde, “Le reconnaissance...”, *loc. cit.*, p. 491 y p. 496.

existencia, así que el resto de los efectos se regularán conforme a la ley aplicable según la norma de conflicto del foro⁶⁶.

54. El método de reconocimiento automático supone aceptar, sin necesidad de procedimiento alguno, la decisión extranjera, sin embargo, esa decisión deberá respetar las condiciones del Estado donde ha sido creada válidamente. El problema será determinar bajo qué condiciones se permite la producción de efectos y los controles al reconocimiento varían en función de los efectos pretendidos. De tal manera que, aunque el reconocimiento este limitado a producir efectos de hecho o probatorios, y siempre en relación con el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento europeo, como veremos a continuación, se podrá excepcionar por razones de orden público.

IV. INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE ESTADO CIVIL: EL RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO Y EL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

55. Si partimos de que el presupuesto básico del Derecho Internacional privado es la coexistencia de sistemas jurídicos basado en la cooperación entre Estados, el reconocimiento de las decisiones se convierte en una herramienta fundamental y necesaria para que, en determinadas ocasiones, puedan tener eficacia en un ordenamiento distinto al del lugar donde se han producido. En los ámbitos vinculados al estado civil, la necesidad de dotar de certeza y seguridad jurídica a las partes asegurando su permanencia y continuidad en el espacio, avala su utilización con el objetivo de evitar decisiones claudicantes y garantizar su protección jurídica más allá del Estado de origen sin tener que instar un nuevo procedimiento.

56. Como hemos visto, las resoluciones emanadas del TJUE en determinados campos del estado civil afectan al Derecho Internacional privado de los Estados que deberán acomodar su sistema de reconocimiento a las pautas establecidas desde Europa⁶⁷. Si bien es cierto que la competencia en materia de Derecho de familia y persona continúa en manos de los Estados, su sistema de reconocimiento se va a ver alterado, en parte, por las decisiones europeas.

⁶⁶ Tal y como establece P. Mayer, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547, se distinguen dos tipos de reconocimiento los de las decisiones y los de las situaciones y P. Lagarde, "Le reconnaissance...", *loc. cit.*, p. 497.

⁶⁷ N. Magallón Elósegui, "La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombre y apellidos", *REDI*; 2010, nº 2, pp. 149-164.

57. Es menester recordar que, ante la ausencia de un instrumento europeo unificador en materia de reconocimiento, el método que se va a utilizar en el reconocimiento de una decisión extranjera en el ámbito del estado civil será establecido por el Derecho Internacional privado del Estado requerido, no por el sistema extranjero, así que también será el ordenamiento de este Estado el que establezca el alcance de sus efectos. Cada Estado posee su propio sistema de reconocimiento en materia de estado civil y los efectos y alcance del mismo también pueden variar dependiendo del ordenamiento jurídico del foro.

58. En el ámbito del Derecho de familia y Derecho de la persona, ha sido habitual recurrir al mecanismo de reconocimiento conflictual, que apela a las normas de Derecho aplicable como mecanismo de reconocimiento de decisiones⁶⁸. En función de este método, el reconocimiento de una decisión extranjera dependerá de que haya sido adoptada por la autoridad del país cuya ley resulte aplicable según las normas de conflicto del Estado requerido o que sea válida conforme a la *lex causae*. De esta forma, si la resolución es válida, conforme al ordenamiento al que se remite la norma de conflicto del ordenamiento del foro, podrá ser reconocida.

Este planteamiento se fundamenta en que la ley nacional, como *lex causae*, es la que debe establecer el significado de una disposición modificativa del estado civil⁶⁹ y se justifica en la medida en que el alcance del reconocimiento de la resolución extranjera será determinante del resultado al que conduzca la ley material aplicable. Teniendo en cuenta que del reconocimiento de la resolución extranjera depende la aplicación de una norma material del foro, la cuestión es si debería someterse a la ley aplicable a esa concreta relación y, en ese caso, el significado de la resolución extranjera para ser subsumida en el supuesto de hecho deberá determinarse conforme a la *lex causae*⁷⁰.

59. Sin embargo, a pesar de que la competencia en la materia reside en los Estados miembros, el TJUE ha ido perfilando un mecanismo de reconocimiento propio en el ámbito del estado civil marcado por el alcance de la eficacia que van a tener, conforme a su jurisprudencia, las decisiones y actos en materia de nombres y apellidos, matrimonio y filiación de un

⁶⁸ P.A. De Miguel, *Eficacia...*, *op. cit.*, pp. 137-145.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 27.

⁷⁰ F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...* *op. cit.*, pp. 72-73. Debemos diferenciar el reconocimiento conflictual del control de la ley aplicable como condición del reconocimiento, que hace depender el reconocimiento de que la ley aplicada haya sido la que hubiera sido aplicada si el litigio se hubiera planteado ante los tribunales del foro. Mientras que en el reconocimiento conflictual el reconocimiento depende de que la resolución sea eficaz en el país cuyo ordenamiento designa la ley aplicable a esa materia en el Derecho Internacional privado del estado receptor.

Estado miembro en otro Estado miembro que obliga a los Estados a adecuar su sistema. Partiendo de que los efectos que despliegan este tipo de decisiones se producen al margen del reconocimiento en sentido estricto, se deberá admitir su eficacia sin necesidad de someterlas a ningún procedimiento apostando por el reconocimiento automático en aras a garantizar el ejercicio de las libertades europeas.

60. El reconocimiento automático confiere el derecho a invocar la decisión extranjera frente a la autoridad competente para conceder el efecto requerido. Este tipo de reconocimiento es típico de las resoluciones de jurisdicción voluntaria con carácter constitutivo y resulta suficiente para producir “efectos de hecho” vinculantes y que la condición establecida en la decisión extranjera despliegue su eficacia, dado que este tipo de resoluciones en realidad ni producen efectos de cosa juzgada material, ni tienen fuerza ejecutiva⁷¹. Recordamos que no se trata de hacer valer la eficacia constitutiva de la decisión o acto, sino de dotarle de un efecto de carácter material vinculado a sus consecuencias en la aplicación de la *lex causae*.

61. A pesar de ello, la obligación de los Estados miembros de reconocer las situaciones jurídicas derivadas de una decisión extranjera en estos ámbitos, sin recurrir a ningún procedimiento, con el objetivo de no obstaculizar la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, no es absoluta y va a estar condicionada a la protección de las libertades europeas. De manera que el reconocimiento material podrá ser denegado por razones de orden público cuando sus efectos excedan de esa protección y afecten a los principios y valores básicos del ordenamiento nacional. Tal y como establece el TJUE en las Sentencias *Coman* y *Pancharevo*, se deberá ponderar ese reconocimiento con el respeto a la identidad nacional y a las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados⁷².

62. No obstante, la aplicación por los Estados miembros de la excepción de orden público desde el punto de vista material, dirigida a evitar que una resolución extranjera produzca efectos contrarios a los principios y valores del ordenamiento del foro en el campo del Derecho de familia y de la persona, también va a quedar afectada por los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho europeo. En la jurisprudencia emitida y analizada con anterioridad adquieren relevancia una serie de derechos fundamentales que en aplicación de las libertades europeas –en el marco de la Carta de derechos fundamentales– van a configurar el denominado “orden público europeo” y puede llegar a colisionar con los principios del

⁷¹ P.A. De Miguel, *Eficacia...*, op. cit., pp. 104–105.

⁷² Sentencia *Coman* ap. 44; Sentencia *Pancharevo* ap. 54.

ordenamiento nacional⁷³. La configuración del “orden público europeo” sobrelleva una aproximación indirecta de las legislaciones europeas que facilita el reconocimiento, a la par que obliga a los Estados miembros a revisar sus motivos de orden público.

63. Como consecuencia, la coexistencia en el ámbito del estado civil entre los valores de los ordenamientos nacionales y los derechos fundamentales se manifiesta en forma de límites a los Estados miembros a la hora de aplicar el orden público nacional para denegar el reconocimiento cuando afecte a las libertades europeas y transgreda derechos consagrados en la Carta europea. Así la Sentencia *Coman* nos recuerda que el concepto de orden público, como justificación de una restricción a una libertad fundamental, debe interpretarse en sentido estricto, de forma que los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones europeas. De un modo similar a como establecía con anterioridad la Sentencia *Grunkin–Paul*, y recoge la Sentencia *Pancharevo*, únicamente se podrá invocar cuando se base en consideraciones objetivas y sea proporcionado al objetivo legítimamente perseguido, en el caso de que “exista una amenaza real y suficientemente grave que afecta al interés fundamental de la sociedad”⁷⁴.

64. Desde el TJUE se apuntan nuevas pautas en la aplicación del orden público nacional que obligan a los Estados miembros a adecuarlo caso a caso para no colisionar con el “orden público europeo”, que es el que establecerá los límites cuando estén en juego las libertades europeas. Las medidas nacionales que puedan obstaculizar la libre circulación de personas solo se justifican si son conformes a los derechos fundamentales garantizados en la Carta europea y alegados por el TJUE⁷⁵, de modo que el orden público nacional se verá abocado a tener en cuenta entre otros derechos el respeto de la vida privada y familiar como parte del orden público europeo. Estas pautas han supuesto notables cambios en la aplicación del orden público de los Estados miembros en el ámbito el estado civil, así se ha visto reflejado, por ejemplo, en el sistema español que ya no puede denegar el reconocimiento de un único apellido a un niño de distinta nacionalidad o a

⁷³ N. Goñi Urriza, “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia”, *CDT*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 233–255; R. Baratta, “Recognition of...”, *loc. cit.*, pp. 413–444; A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE en los asuntos K.B y García Avello)”, *RDCE*, nº 18, 2004, pp. 507–529; S. Álvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y el orden público comunitario”, *La Ley*, 2000, 5, pp. 2005–2009.

⁷⁴ Sentencia *Grunkin Paul*, ap. 29 y Sentencia *Pancharevo*, ap. 55.

⁷⁵ Sentencia *Coman*, ap. 47.

los extranjeros nacionalizados españoles y el sistema de doble apellido ha dejado de ser un motivo de orden público.

V. CONCLUSIONES

65. El concepto de ciudadanía europea ha ido cobrando entidad y, desde su introducción en los Tratados, también ha ido evolucionado a la par que la construcción de un verdadero espacio europeo. El estatus de ciudadano europeo, unido a la libre circulación y, en ocasiones, combinado con la igualdad de trato, se erige en germen del reconocimiento del estado civil constituido en un Estado miembro en los demás Estados miembros.

66. Desde una perspectiva basada en el Derecho de la Unión, el TJUE ha ido desarrollando el método de reconocimiento con el objetivo de asegurar la vocación de unidad y extraterritorialidad del estatuto personal y familiar en todo el territorio como única forma de garantizar el disfrute de las libertades europeas, y ha construido un mecanismo que permite a los ciudadanos europeos traspasar las fronteras del espacio europeo conservando sus características personales y familiares.

67. Los asuntos *García Avello* y *Grunkin Paul*, supusieron un hito en el reconocimiento de los actos del estado civil dejando claro que el ejercicio de la libre circulación requiere el reconocimiento en un Estado miembro de una situación jurídicamente constituida en otro Estado miembro sin acudir al derecho conflictual del Estado del lugar del reconocimiento. Lo contrario podría suponer un impedimento al libre ejercicio de las libertades comunitarias. Años más tarde, el TJUE advierte de forma implícita que la libre circulación debe entenderse como la libertad de circular de los ciudadanos europeos con su estado civil y familiar y, bajo esta premisa, aparte del nombre y los apellidos, a través de las Sentencias emitidas en los asuntos *Coman* y *Pancharevo*, extiende la obligación de reconocimiento a otros elementos del estado civil como el matrimonio y la filiación.

68. De esta forma se ha ido construyendo progresivamente un mecanismo de reconocimiento propio dirigido a garantizar que el estado civil constituido en un Estado miembro sea reconocido en los demás Estados miembros con la finalidad de no obstaculizar la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos ni de sus familias.

69. El método al que recurre el TJUE se encuadra dentro del reconocimiento material de los actos y decisiones en el ámbito del estado civil, pero no se extiende al reconocimiento procesal. El reconocimiento se

limita a los efectos derivados de la decisión o acto en calidad de hecho constatable en otro Estado para subsumirlo en el supuesto de hecho de una norma y dotarle de efectos de conformidad con la ley del Estado requerido, siempre con el objetivo de asegurar el ejercicio de las libertades europeas y la aplicación uniforme del Derecho derivado. Se dirige a reconocer la situación creada según la ley del Estado de origen con la finalidad de garantizar la continuidad del vínculo o situación, pero únicamente en la medida que sea necesario para el ejercicio de las libertades europeas. Además, se trata de un reconocimiento automático y, en tanto no se le conceden efectos de carácter procesal, no requiere ningún tipo de control, más que haberse constituido válidamente. Debería plantearse la necesidad de exigir un vínculo suficiente de la situación con el Estado de origen para evitar utilizar este mecanismo de manera fraudulenta y favorecer el “turismo reproductivo y familiar”, pero el TJUE no ha establecido nada al respecto, así que esta posibilidad queda, por ahora, en manos de los Estados miembros.

70. El método estipulado obliga a los Estados a adaptar su sistema de reconocimiento en el ámbito del estado civil y a adecuarlo a la jurisprudencia del TJUE, admitiendo la eficacia material de este tipo de decisiones y actos sin previo procedimiento en aras a garantizar el ejercicio de la libertad europea. A pesar de ello, el reconocimiento no se extiende a todos los efectos civiles, y podrá denegarse conforme al orden público nacional si la aplicación de la decisión extranjera colisiona con los principios y valores del ordenamiento del foro cuando no afecte al libre ejercicio de las libertades europeas, o sea proporcionado con el objeto perseguido y constituya una amenaza real y suficientemente grave para el interés de la sociedad.

71. El TJUE ha ido estableciendo pautas que delimitan la aplicación del orden público nacional porque los Estados miembros no pueden determinar su alcance sin control por parte de las instituciones europeas. De hecho, aunque debe respetarse la identidad y diversidad de legislaciones, los principios y valores de los ordenamientos de los Estados miembros en materia de Derecho de familia y de la persona deberán adecuarse a los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho europeo que, en aplicación de las libertades europeas, van a configurar el denominado “orden público europeo”. Consecuentemente la aplicación de la excepción de orden público nacional quedará al albur del respeto de los derechos fundamentales de la Carta europea que configuran el orden público europeo.

72. Los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito europeo en este ámbito se convierten en base de la aproximación de los Derechos de los Estados miembros y en germen de un estatuto familiar europeo que atraviesa fronteras, por ahora con efectos limitados. Sin embargo, es cuestión de tiempo que salga a la luz que el no reconocimiento de otro tipo de efectos de carácter civil vinculados al estado civil también puede afectar al ejercicio de las libertades europeas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackermann, T., "Case C-148/02, Carlos García Avello v. État Belge, Judgment of the Full Court of 2 October 2003", *CMLR*, 2007, vol. 44, pp. 141-155.
- 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, 28 de febrero de 2018.
- Álvarez González, S., "¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?", *REDI*, vol. 69, nº 1, 2017, pp. 19-48.
- Álvarez González, S., "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y el orden público comunitario", *La Ley*, 2000, 5, pp. 2005-2009.
- Álvarez González, S., "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario", *Diario La Ley*, nº 5876, 22 de octubre de 2003, pp. 1-5.
- Arenas García, A., "Problemas derivados de la reagrupación familiar", *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 269-307.
- Arenas García, R., "Concepto y tratamiento del matrimonio en el DIPR europeo", *La Ley Derecho de familia*, nº 26, 2020 (Ejemplar dedicado a: Derecho de familia de la Unión Europea), pp. 1-30.
- Baratta, R., "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr*, t.-XVI, 2016, pp. 103-126.
- Baratta, R., "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPrax*, vol. 27, nº 1, 2007, pp. 4-11.
- Baratta, R., "Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective", *Rivista di diritto internazionale private et processuale*, 2/2016, pp. 415-444.
- Bartin, E., "Le jugement étranger considéré comme un fait", *Journ. dr.int.*, 1924, t. 51, pp. 857-876.
- Blázquez Rodríguez, I., "El derecho al nombre y la identidad personal como interés superior del menor en situaciones transfronterizas", en A. Lara Aguado (Dir.) *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 209-241.
- Calvo Caravaca, A.L., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986.

- Carlier J.Y., y Schutter, de O., (dirs), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- Caro Gándara, R., "Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, Iionka Sayn-Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones del Estado civil, de 14 de diciembre de 2010)", *La Ley Unión Europea*, nº 3, abril 2013.
- Fernández Rozas, J.C., "Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado", *REDI*, 1981-2, pp. 597-624.
- Garau Juaneda, F.F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 199
- Gardeñes Santiago, M., "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la sentencia del TJCE Boukhalfa, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado", *RIE*, nº 3 de 1996, pp. 863-877.
- Gardeñes Santiago, M., "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (Reflexiones en torno a la sentencia García Avello, de 2 de octubre de 2009", *GJ*, nº 230, 2004, pp. 19-26.
- González Campos J.D., y Recondo Porrúa, R., *Lecciones de Derecho Procesal civil internacional*, Universidad de Oviedo/Universidad de Deusto, Bilbao, 1979, pp. 160-163.
- Goñi Urriza, N., "El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia", *CDT*, 2021, vol. 13, nº 2, pp. 233-255.
- Goñi Urriza, N., "El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en el Estado miembro. En torno a la Sentencia *Pancharevo* y el ATJUE K. S.-V.D.", *CDT*, núm, 1, vol. 15, 2023.
- Jiménez Blanco, P., "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho Internacional privado", *REEL*, nº 35, 2018, pp. 1-49.
- Kinch, P., "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil des Cours*, t-318, 2006, p. 149.
- Lagarde, P., "La reconnaissance mode d'emploi", en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 482-501.
- Lalive, P., "Tendances et méthodes en droit international privé: cours generales", *R. des. C.*, t-155, 1977.
- Lara Aguado, A., "El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos del estado civil, (a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: Grunkin Paul y Standesamt Stadt Niebüll)", *Diario La Ley*, nº 7104, 30 de enero de 2009, Ref. D-28.
- Lara Aguado, A., "Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho Internacional privado (La Sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993, caso Konstantinidis, asunto C-168/919", *RDP*, nº 79, 1995, pp. 671-694.
- 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* 2004 nº 6107, pp. 1-13.
- Lawson, R., "Case C-168/91, Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt", *CMLR*, 1994, vol. 31, nº 2, pp. 395-412.

- Magallón Elósegui, N., "La DGRN ante la Jurisprudencia europea en materia de nombre y apellidos", *REDI*, vol. LXII, 2010, nº 2, pp. 149-164.
- Mayer, P., "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005.
- Miguel Asensio, de P., "Integración europea y Derecho Internacional privado", *RDCE*, nº 2, vol. I, 1997, p. 440.
- Miguel Asensio, de P.M., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.
- Pamboukis, C., "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Rev. crit. dr. int. pr.* 2008, pp. 514-560.
- Pecourt García, E., "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, pp. 11-60.
- Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017.
- Picone, P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padua, 1986.
- Quiñones Escámez, A., "Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario (STJCE de 10 de julio de 1999, as. C-430/1997, J. Johannes)", *RDCE*, 2001, pp. 645-661.
- Quiñones Escámez, A., "Derecho comunitario, derechos fundamentales, y denegación del cambio de sexo y apellido: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE asuntos KB y García Avello)", *RDCE*, 2004, pp. 507-529.
- Requejo Isidro, M., "Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea", *Diario la Ley*, nº 5903, 2003, ref. D-267.
- Romano, G-P., "La bilatéralité éclipsé par l'autorité. Développements en matière d'état des personnes", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 95, nº 3, 2006, pp. 457-519.
- Sánchez Lorenzo, S., "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XII, 1996, pp. 61-81.
- Soto Moya, M., "La libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *RDCE*, 2012, nº 43, pp. 807-847.
- 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*, nº 62, 2019, pp. 41-79, pp. 49-53.
- Virgos Soriano, M., y Garcimartin Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000.

Recibida: 10 diciembre 2023
Aceptada: 15 diciembre 2023

La Propuesta de Reglamento Europeo sobre filiación: principales retos

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS*

SUMARIO I. Introducción II. La crisis de la filiación 1. El contexto 2. La Propuesta III. Ámbito de aplicación en el espacio y coordinación con los trabajos de la Conferencia de La Haya IV. El papel y alcance de los Derechos del niño y la función del Derecho internacional privado V. Conclusiones

RESUMEN: El trabajo plantea que los principales retos a los que se enfrenta la negociación de la Propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación se relacionan con una deficiente comprensión de la materia. Las cuestiones abordadas son la ausencia de un consenso europeo por lo que respecta al uso de técnicas de reproducción asistida heterólogas con uso de gametos de terceros y el turismo reproductivo, la dificultad para diferenciar entre supuestos intra y extracomunitarios y la complejidad de un análisis desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE FILIACIÓN, DERECHO COMPARADO, TURISMO REPRODUCTIVO, COORDINACIÓN CON LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, DERECHOS FUNDAMENTALES.

The Proposal for a European Regulation on parenthood: main challenges

ABSTRACT: The paper argues that the main challenges facing the negotiation of the Proposal for a European Regulation on parenthood are related to a deficient understanding of the subject. The issues addressed are the absence of a European consensus regarding the use of heterologous assisted reproduction techniques with the use of third party' gametes and reproductive tourism, the difficulty to differentiate between intra and extra-community cases and the complexity of an analysis from the perspective of fundamental rights.

KEYWORDS: PROPOSAL FOR A EUROPEAN REGULATION ON PARENTAGE, COMPARATIVE LAW, REPRODUCTIVE TOURISM, COORDINATION WITH THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - FUNDAMENTAL RIGHTS.

* Miembro del Grupo de expertos (2015-2022) y del Grupo de Trabajo Parentage/Surrogacy (2023 hasta la actualidad) de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y Miembro del Expert Group "Recognition of Parenthood between Member States" (E03765) de la Comisión Europea.

I. INTRODUCCIÓN.

La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*¹, se publicó en diciembre de 2022, dando lugar a un debate muy vivo² y a múltiples publicaciones³. La Propuesta es controvertida. Algunos Estados miembros han expresado una posición abiertamente contraria⁴ a su tramitación y otros se han mostrado reticentes⁵ lo que augura una negociación difícil habida cuenta de que la

¹ COM (2022) 695 final.

² En mayo de 2023 la *European Association of Private international law* organizó una serie de 4 webinarios sobre la propuesta. Sobre esta actividad puede consultarse <https://eapil.org/2023/07/24/analysing-the-eu-parenthood-proposal-many-questions-and-some-tentative-answers/>. El denominado grupo de Marburg hizo un estudio exhaustivo con formulación de enmiendas a los preceptos propuestos disponible en <https://www.marburg-group.de/>. El Grupo europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) examinó la iniciativa legislativa en su reunión de Milán de septiembre de 2023 y ha hecho pública una toma de posición crítica que se puede consultar en <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/Observations-on-the-Proposal-for-a-Council-Regulation-in-matters-of-Parenthood.pdf>. Se ha constituido asimismo un Grupo de trabajo en el *European Law Institute* con el objetivo de examinar la propuesta en detalle. Sobre este proyecto *vid.* <https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/filiations/>.

³ Como era de esperar han proliferado los análisis preliminares del texto en las publicaciones periódicas. *Inter alia*, S. Álvarez González, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho civil*, vol. X, nº 3, abril-junio, 2023, pp. 171-200; H. Fulchiron, “La Proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d’épée dans l’eau”, *Journ. dr. int.*, nº 4, 2023, pp. 1171-1208, C. González Beilfuss, “La Proposition de Règlement européen en matière de filiation: analyse liminaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 59, nº 2, 2023, pp. 217-232; C. González Beilfuss e I. Pretelli, “The Proposal for a European Regulation on filiation matters”, *Yearbook of Private international law*, vol. 24 (2022/2023), pp. 275-307; Ch. Kohler y W. Pintens, “Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2022-2023”, *FamRZ* 2023 (18) pp. 1409 ss, E. Rodríguez Pineau, “La Propuesta de reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho privado*, 6, 2023, pp. 148-160, L. Válková, “The Commission Proposal for a Regulation on the recognition of Parenthood and other legislative trends affecting legal parenthood”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. LVIII, nº 4, 2022, pp. 854-899.

⁴ Destaca, por quizás inesperada, la resolución del Senado francés pues ya se daba por descontada la reacción negativa de los Estados del Este de Europa. (Resolución de 22 de marzo de 2023. <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>.) *Vid.* C. González Beilfuss e I. Pretelli, *loc. cit.*, pp. 283-284.

⁵ Destacaría la posición del Senado holandés al que no convencer los datos empíricos aportados por la Comisión acerca del número de casos que se producen anualmente, lo que le conduce a cuestionar que la propuesta sea realmente necesaria. *Vid.* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil%3AST_8033_2023_INIT.

base jurídica elegida es el art. 81.3º TFUE, lo que implica la necesidad de consecución de la unanimidad en el Consejo para su aprobación.

En el momento en el que se elabora este trabajo el Consejo no ha concluido todavía la primera lectura del texto presentado. El futuro de la propuesta es incierto y seguramente pase por un replanteamiento profundo de las normas que se proponen. Estimo, por consiguiente, poco útil un análisis detallado del texto que tampoco se podría abordar en esta sede por razones de espacio. Me limitaré a señalar cuáles son, desde mi punto de vista, los principales retos a los que se enfrenta una regulación de filiación en el Derecho internacional privado europeo. La Propuesta parte, en mi opinión, de un análisis insuficiente de estas cuestiones fundamentales.

II. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN Y LA PROPUESTA

1. *El contexto*

La primera dificultad es lo que la doctrina civilista ha calificado como la crisis de la filiación⁶. En gran medida como consecuencia de los avances médicos se ha roto el consenso básico sobre el fundamento y significado del vínculo de filiación. La tradicional distinción entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza ha devenido obsoleta, abriéndose camino, en mayor o menor grado según los ordenamientos, la intención como fundamento y el contrato como forma de establecimiento de la relación de filiación. Ello no está exento de polémica, planteándose delicados dilemas bioéticos en los que se debate si lo técnicamente posible es ética y socialmente aceptable. En el fondo del debate está el propio concepto de libertad y el papel que le corresponde al Derecho y al Estado por lo que respecta a la regulación de las técnicas de reproducción asistida⁷.

La filiación es un concepto con varias capas de significado⁸. De una parte, la filiación por naturaleza refleja el origen genético de una persona, que, según jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos

⁶ Vid. E. Farnós Amorós, "El Derecho de filiación hoy: viejas categorías y modelos familiares contemporáneos" en A. Serrano Nicolás, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 199-203.

⁷ Vid. S. Agacinski, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, París, Gallimard, 2019.

⁸ Se sigue en este punto la distinción entre *Parentage*, *Parenthood* y *Parental Responsibility* propuesta por A. Bainham. Vid. A. Bainham, "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive yet Important Distinctions", en A. Bainham, S. Day Sclater y M. Richards, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 25-46.

Humanos, es parte de su identidad⁹. Esta dimensión de la filiación, que deriva de la realidad biológica de la reproducción humana, no puede obviarse. Se configura como un derecho fundamental desde el momento en que el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño reconoce a éste el derecho a conocer el propio origen¹⁰.

El vínculo de filiación se configura además como un estado civil. La situación de un individuo en la sociedad se determina en virtud de las relaciones familiares articuladas a partir de la filiación. De la misma derivan múltiples derechos, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el ámbito del Derecho público. La relación de filiación determina los apellidos de una persona, da lugar a obligaciones de alimentos entre ascendientes y descendientes y genera derechos de sucesión *mortis causa* independientes de la voluntad del causante. En muchos ordenamientos, el *ius sanguinis* es criterio de atribución de la nacionalidad y, por consiguiente, elemento constitutivo de la ciudadanía y de los derechos políticos a ella vinculada. En tanto la nacionalidad de un Estado miembro confiere la ciudadanía europea existe una relación mediata entre filiación y el que el TJUE ha conceptualizado como “el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”¹¹.

Finalmente, la relación de filiación se asocia con la responsabilidad parental entendida como un conjunto de derechos y deberes en relación a otra persona, el hijo, respecto al cual se asume la crianza durante la minoría de edad¹². Los distintos ordenamientos jurídicos suelen atribuir por ministerio de la ley la responsabilidad parental a los padres del niño¹³. Responsabilidad parental y filiación aparecen unidas y a veces se confunden. Cuando se reivindica que sean padres quienes ejercen de padres

⁹ El derecho a la identidad se protege en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho a la vida privada de la persona. *Vid.* A. Büchler, “The right to respect for Private and family life. The case-law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family forms” en A. Büchler y H. Keller, *Family forms and Parenthood. Theory and Practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 29-39.

¹⁰ Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹¹ STJ 2 de octubre de 2003, *García Avello*, Asunto C-148/02, FJ 22, ECLI:EU:C:2003:539.

¹² Sobre el concepto de responsabilidad parental, *Vid.* C. González Beilfuss, “Guardianship, custody and parental responsibility” en J. Basedow et al, *Encyclopedia of Private international law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017, pp. 864-870.

¹³ El modelo de base del moderno Derecho europeo es, en efecto, que los titulares de la responsabilidad parental son los dos progenitores del niño que ejercen conjuntamente y en condiciones de igualdad la responsabilidad parental. *Vid.* los Principios 3:8 y 3:11 de los Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental disponibles en K. Boele- Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä- Jareborg, N. Lowe- y W. Pintens , *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, Intersentia, 2007.

se está haciendo referencia a la atribución de la responsabilidad parental a personas que no son necesariamente los progenitores del niño ni genética ni legalmente pero que realizan las funciones asociadas a la paternidad durante la minoría de edad del hijo. La responsabilidad parental se extingue, no obstante, con la mayoría de edad del hijo, mientras que la relación de filiación permanece y sigue siendo relevante a lo largo de la vida de los sujetos e incluso tras su fallecimiento. De ahí que sea un error plantear la regulación de la filiación exclusivamente como una cuestión de protección de menores¹⁴. Ese es el ámbito de la responsabilidad parental.

Lo más habitual es que la triple dimensión de la filiación coincida en las mismas personas. Es, sin embargo, cada vez más frecuente la diversificación de planos, como consecuencia, de una parte, de la proliferación de las técnicas de reproducción asistida y, de otra, de la pluralidad de formas familiares admitidas. En ocasiones una y otra cosa se relacionan. En otras se trata de fenómenos independientes. Es compatible una posición muy abierta en relación con la atribución y el ejercicio de la responsabilidad parental por parejas de personas del mismo sexo o individuos sin pareja con cierta cautela en relación con el establecimiento de vínculos de filiación “complejos”¹⁵ entre un niño y padres intencionales, independientemente de su orientación sexual.

Para el DIPr la dificultad radica en que los diferentes ordenamientos tienen posturas muy distintas en materia de reproducción asistida. La gran diversidad legislativa es una de las principales causas del turismo reproductivo¹⁶. Países que, como España, prohíben¹⁷ la gestación por sustitución, no logran impedir que sus ciudadanos la contraten en el extranjero, en Estados que permiten o, al menos, toleran dicha práctica. A la inversa, nuestro país es muy liberal por lo que respecta a la donación de esperma, óvulos y embriones. Recientemente se ha escrito que España, y en particular Barcelona, se ha convertido en lugar de peregrinación para tratamientos de reproducción asistida, calculándose que un 60% de los

¹⁴ Vid. S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 186.

¹⁵ La terminología es de I. Pretelli. Vid. I. Pretelli, “Il diritto di conoscere le proprie origini con particolare riferimento a figlie e figli di ascendenza multipla o complessa” en F. Pesce (ed), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto. Problemi aperti e sfide future*, Napoles, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 171 ss.

¹⁶ D. Hacke, *Legalized families in the era of bordered globalization*, Cambridge, CUP, 2017, pp.118- 120.

¹⁷ Es controvertido que España prohíba realmente la gestación por sustitución, pues la Ley de técnicas de reproducción asistida se limita a declarar nulo el contrato y a decir que se aplicaran las reglas generales de atribución de la filiación. Cf. E. Farnós Amorós, “Spain”, en J. M. Scherpe, C. Fenton-Glynn y T. Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 62.

pacientes son extranjeros¹⁸. De hecho, los dos casos de doble maternidad respecto a los cuales se ha pronunciado el TJUE son relativos a certificados de nacimiento españoles en los que parejas de mujeres extranjeras constaban como progenitoras del niño¹⁹. No se puede desconocer al abordar esta materia que se ha desarrollado una verdadera industria de la reproducción asistida. A cierre del primer trimestre de 2023 operaban en España 322 centros especializados en la prestación de servicios de reproducción asistida. Solo el 11,7% de los mismos son de titularidad pública. Los centros privados especializados en la realización de tratamientos de reproducción asistida generaron un volumen de negocio agregado de 570 millones de euros en 2022²⁰.

2. La Propuesta

La Propuesta de Reglamento parece ser ajena al contexto descrito. Se presenta como una norma neutra²¹ exclusivamente centrada en el reconocimiento mutuo. Pero, aunque declare solemnemente en su art. 5 no afectar a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de filiación, tiene, finalmente, un efecto facilitador del turismo reproductivo que se advierte fácilmente en las normas de competencia de autoridades y de ley aplicable.

El art. 6 de la Propuesta enumera 6 foros alternativos, lo que en principio podría justificarse por el *favor filii*. Es revelador, sin embargo, que se establezca como foro alternativo el lugar de nacimiento del hijo habida cuenta de que es posible actuar en el Estado miembro de la nacionalidad y la residencia habitual del menor o de cualquiera de los progenitores, así como en el Estado miembro de residencia habitual del demandado. La introducción del foro del lugar de nacimiento, que ha sido considerado exorbitante²² es particularmente útil en los casos de turismo reproductivo. Si dos mujeres viajan a un Estado miembro como España para acceder a técnicas de reproducción asistida que no están disponibles en el Estado miembro en el que tienen su residencia habitual, bastaría con que el

¹⁸ Cf. "Barcelona, capital del turismo de fertilidad: 'boom' de clínicas y de pacientes extranjeras", *El Confidencial*, 13 de febrero de 2023, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-02-13/barcelona-turismo-fertilidad-clinicas-extranjeras_3573805/ (Consulta: 13 de febrero de 2023)

¹⁹ STJUE GS 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008 y Auto del TJUE (Sala Décima), Asunto C-2/21, *Rzecznik Praw*, ECLI:EU:C:2022:502.

²⁰ <https://www.plantadoce.com/entorno/el-sector-de-la-reproduccion-asistida-eleva-un-27-su-volumen-de-negocio-en-2022.html>

²¹ Vid. H. Fulchiron, *loc. cit.*, p. 1176

²² Vid. The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 17.

nacimiento se produjera en España para que las autoridades españolas fueran competentes²³.

La misma tendencia se advierte en la regulación del derecho aplicable. El punto de conexión utilizado en la única norma de conflicto propuesta en el art. 17.1º de la Propuesta es la residencia habitual de la mujer que da a luz en el momento del parto. Esta norma es muy innovadora y más fácil de aplicar en el momento del nacimiento que una norma basada en la residencia habitual o la nacionalidad del niño por la simple razón de que un recién nacido difícilmente ha podido adquirir una residencia *habitual* propia²⁴ y porque en muchos ordenamientos la nacionalidad deriva de la filiación y, por tanto, se produce un círculo vicioso²⁵. Se trata de una conexión inclusiva que no exige que la persona que da a luz sea jurídicamente una mujer y que no prejuzga la cuestión de si quien da luz es o no jurídicamente la madre del niño²⁶. Pero también hay que reconocer que esta conexión resulta especialmente favorable en casos de gestación por sustitución. En muchas ocasiones, la gestante tendrá su residencia habitual en un Estado que permitirá establecer la filiación sobre la base de un contrato²⁷. El párrafo 51 del Preámbulo confirma que la ley del lugar de residencia habitual de la mujer que da a luz puede aplicarse incluso por adelantado cuando la filiación deba establecerse antes del nacimiento. Tratándose de normas de conflicto universales no es necesario que se trate de la ley de un Estado miembro.

²³ El art. 45.4º LRC establece que la esposa de la mujer que da a luz puede convertirse en la segunda madre del niño mediante una declaración de voluntad ante el Encargado del registro civil. En la medida en la cual la definición de órgano jurisdiccional se toma del Reglamento 2019/1111 podríamos considerar aplicable la jurisprudencia *Senatsverwaltung* (STJUE GS 15 de noviembre de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, C-646/20, ECLI: EU:C:2022:879). Ello tendría como consecuencia que el Encargado del Registro en tanto examina las condiciones de la declaración a la luz del Derecho nacional y la realidad y la validez del consentimiento ejerce funciones jurisdiccionales.

²⁴ Por esa razón se suele entender que la residencia habitual del lactante se ubica en el lugar de residencia habitual de la madre (*Vid.* STJ 1ª 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, asunto C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829). En el caso de la gestación por sustitución dado que se reivindica que la gestante no es la madre, se ha planteado que la residencia del recién nacido se ubica en el lugar en el que residen habitualmente los comitentes. Así se ha defendido en la práctica alemana siempre que el niño sea efectivamente trasladado al Estado de la residencia habitual de los comitentes, pues la mera intención, el elemento subjetivo, no es un elemento suficiente. De ahí que se generaran dificultades cuando la pandemia o el estallido de la guerra de Ucrania impidieron el traslado inicialmente planeado. *Vid.* N. Kvit y A. Spickhoff, “Leihmutterschaft in der Ukraine und gewöhnlicher Kindesaufenthalt”. *FamRZ* 2023, Heft 09, p. 658

²⁵ *Vid.* H. Fulchiron, *loc. cit.*, p. 1179.

²⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*, p. 1182.

²⁷ *Vid.* H. Fulchiron, *loc. cit.*, p. 1181.

La norma contenida en el segundo párrafo del art. 17 acaba de revelar el sesgo de la Propuesta. La norma se aplica cuando la ley del Estado de residencia habitual de la mujer que da a luz, sólo permite establecer la filiación respecto de uno de los progenitores. En este caso, sería posible²⁸ aplicar la ley de la nacionalidad de este progenitor, la ley de la nacionalidad del segundo progenitor²⁹ o la ley del Estado de nacimiento para obtener el establecimiento de esta segunda filiación. El objetivo evidente de la disposición es favorecer la doble maternidad, como reconoce abiertamente el ap. (52) del Preámbulo de la Propuesta. La primera maternidad se atribuiría en virtud de la norma *mater semper certa est*, que es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y la segunda podría atribuirse en virtud de otras tres leyes. Las parejas femeninas que desearan tal resultado podrían incluso plantearse dar a luz en un Estado que reconociera esta doble maternidad³⁰.

En ausencia de un consenso europeo sobre la gestación por sustitución y sobre la reproducción asistida con uso de ovocitos, espermatozoides o embriones de terceros no es de extrañar que la adopción de la Propuesta genere reticencias. No es esto, sin embargo, lo más preocupante, sino el hecho de que la Propuesta, a pesar de pretender regular todas las cuestiones relativas a la filiación, descuide dispensar un tratamiento adecuado a la mayoría de ellas. La Propuesta contiene dos artículos, uno en el que se especifica el objeto del Reglamento y otro relativo a su ámbito de aplicación. El art. 1 enumera las cuestiones de Derecho internacional privado que son objeto de la propuesta³¹ y afirma que establece normas comunes sobre la "determinación" de la filiación. Sin embargo, el art. 3 parece ir mucho más allá, ya que describe el ámbito de aplicación como "la materia civil relativa a la filiación en situaciones transfronterizas". Esta aparente contradicción se resuelve con la definición de la "determinación de la filiación" como "la determinación conforme a Derecho de la relación entre el hijo o la hija y cada progenitor o progenitora, incluido la determinación de la filiación a raíz de

²⁸ Desconcierta el carácter optativo, pues no se explicitan los criterios en virtud de los cuáles la autoridad competente ha de ejercer esta facultad discrecional. *Vid.* C. González Beilfuss e I. Pretelli, *loc. cit.*, p. 298.

²⁹ La regla presupone que sólo hay una persona que reivindica el estatus de progenitor, desconociendo un supuesto que no es inhabitual, el de que la mujer que dé a luz se haya divorciado durante la gestación. *Vid.* C. González Beilfuss e I. Pretelli, *loc. cit.*, p. 298.

³⁰ El Derecho civil catalán es especialmente favorable puesto que según el art. 235-3 CCCat la segunda relación de filiación puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer. Esa segunda filiación puede ser paterna o materna, no exigiéndose matrimonio.

³¹ A saber, la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento o, en su caso, la aceptación de resoluciones o documentos públicos con fuerza ejecutiva y la creación de un certificado europeo de filiación.

una reclamación por la que se impugne una filiación ya determinada " (art. 4.3º).

La impugnación y reclamación de la paternidad está incluida en el texto, aunque sea indirectamente³². Sin embargo, no parece que fuera la principal preocupación³³, pues la aplicación de la ley del Estado de la residencia habitual de la mujer que da a luz en el momento del nacimiento no refleja un grado de proximidad suficiente con una impugnación o reclamación de la filiación que puede producirse décadas después de dicho nacimiento³⁴ y la multiplicidad de foros previstos acentúa el riesgo de *forum shopping*³⁵. El hecho de que la iniciativa estuviera vinculada en su génesis a las necesidades de las familias arco iris no debería hacer olvidar los casos más tradicionales de determinación e impugnación de la paternidad. La resolución efectiva de casos de este tipo puede ser vital, entre otras cosas porque permite establecer una pensión alimenticia. Existe una relación bien conocida entre pobreza infantil y monoparentalidad que la acción de la Unión Europea no puede ignorar.

Tampoco es satisfactorio el tratamiento que la Propuesta dispensa a la adopción. Los textos francés y español de la Propuesta excluyen a las adopciones internacionales. El texto inglés es más preciso y sólo excluye a las "adopciones transfronterizas (*crossborder adoptions*)". El Preámbulo confirma, en efecto, que sólo se excluyen las adopciones en las que el niño y el o los adoptantes tienen su residencia habitual en Estados diferentes, estén o no reguladas por el Convenio de La Haya de 1993 (ap. 27)³⁶. Ello implica que las demás adopciones internacionales, aquellas en las que el adoptado y el adoptante o adoptantes tienen nacionalidades diferentes, están cubiertas. En el Preámbulo se las considera adopciones nacionales (ap. 26) y posiblemente por este motivo se consideró que no era necesario proponer normas de competencia y de ley aplicable. Esta apreciación es incorrecta³⁷. La presencia de un elemento de extranjería implica que rigen las normas de competencia y ley aplicable generales que resultan obviamente inadecuadas.

Una regulación de estas pretendidas adopciones domésticas debería tener en cuenta otros elementos, que son sobradamente conocidos. La

³² Vid. también el art. 18 de la Propuesta.

³³ Vid. H. Fulchiron, *loc. cit.*, p. 1178.

³⁴ De ahí que el Grupo de Marburg proponga que se introduzcan reglas distintas para el establecimiento y la terminación de la relación de filiación. Vid. The Marburg Group, *loc. cit.*, pp. 37 y 38.

³⁵ Vid. H. Fulchiron, *loc. cit.*, p. 1186.

³⁶ Esta solución se explica por el deseo de no contribuir a eludir las normas de dicho Convenio, concebido para respetar los derechos del menor y evitar prácticas abusivas.

³⁷ Vid. Ch. Kohler y W. Pintens, *loc. cit.*, p. 1410.

resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2017³⁸ plantea que el reconocimiento transfronterizo de las resoluciones de adopción “domésticas” vaya acompañado de un respeto escrupuloso de la subsidiariedad de la adopción, que exigiría que se tuviera en cuenta la posibilidad de colocar al niño con sus familiares, aunque vivan en otro Estado miembro.

La adopción como institución de protección de niños previamente declarados en situación de desamparo no ha sido el centro de atención de la regulación propuesta que parece haber incluido a la adopción esencialmente porque es una institución a la que a menudo se recurre para resolver situaciones difíciles como por ejemplo supuestos de gestaciones por sustitución.

Se imponen, por consiguiente, dos conclusiones. De una parte, debería debatirse si es adecuado legitimar el turismo reproductivo y en qué condiciones. Incluso desde una posición abierta o mejor dicho realista como la que personalmente sostengo, no se puede ser indiferente a los peligros que entraña un turismo reproductivo incontrolado ni confundir una postura cautelosa frente a dicho turismo con ninguna supuesta discriminación por razón por orientación sexual. Y por muy importantes y acuciantes que sean las dificultades de las familias arco iris, la futura regulación europea debe obedecer a un planteamiento general y tener en cuenta todos los supuestos. No se debe desatender la regulación de las acciones de filiación ni la adopción de niños en situación de desamparo, particularmente porque son cuestiones que afectan a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. La Unión Europea se juega su credibilidad.

Desde una perspectiva técnica se plantea además si no sería conveniente la adopción de normas diferenciadas para distintas formas de establecimiento de la filiación. Es bastante evidente en materia de filiación adoptiva habida cuenta de que se trata de una medida en la que tienen un acusado protagonismo la autoridad que constituye la adopción y el procedimiento preadoptivo de carácter administrativo, razón por la cual parece razonable limitar los foros de competencia y establecer una correlación *forum-ius*³⁹.

Creo que no debería descartarse tampoco que el uso de técnicas de reproducción asistida requiera la formulación de reglas especiales en la línea de lo que propone el Proyecto de Código de Derecho internacional

³⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones (2015/2086(INL))

³⁹ *Vid.* The Marburg Group, *loc. cit.*, p.41-43.

privado francés⁴⁰. Un reciente caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹ pone de manifiesto que en tanto la filiación deriva del consentimiento es la ley aplicable a la filiación la que debería aplicarse al mismo, no debiendo confundirse el consentimiento al tratamiento médico con el consentimiento al establecimiento de la filiación⁴². En el caso de autos una pareja con residencia habitual en Francia se había trasladado a España para someterse a un tratamiento con donación de óvulos y espermatozoides que el Derecho francés no permite. La pareja se divorció antes de la implantación del embrión del que resulta el embarazo. Conforme al Derecho español esta circunstancia no implica la revocación *ex lege* del consentimiento del marido otorgado con anterioridad que sí establece el Derecho francés.

Un adecuado tratamiento de la gestación por sustitución requiere asimismo la formulación de normas especiales de DIPr. La aplicación de las reglas generales no resuelve la cuestión del reconocimiento de una filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución, que queda a la merced de la cláusula de orden público. Ni de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos ni de la del Tribunal de Justicia de la Unión europea deriva ninguna obligación general de reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes que pueda establecerse en una sentencia o que conste en un documento público extranjero⁴³. El Tribunal de Estrasburgo ha establecido en su jurisprudencia que se puede producir una lesión del derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo en dos supuestos, cuando no se permite el establecimiento de la relación de filiación entre el niño y el hombre que ha proporcionado los gametos y cuando existe una relación familiar fáctica. Pero la lesión al derecho a la vida familiar que se produce en caso de que la negativa al reconocimiento no estuviera justificada⁴⁴ ni fuera proporcional puede salvarse si se permite el establecimiento de la filiación conforme al Derecho del foro. Las soluciones previstas en el Derecho de foro, ya se trate de una adopción o de una acción

⁴⁰ Vid. arts. 59 a 70 del proyecto de Código que se puede consultar en https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/projet_code_droit_international_privé.pdf.

⁴¹ STEDH 5ª 8 de junio de 2023, *A et B c. FRANCE*, (Requête no 12482/21).

⁴² El TEDDHH no plantea la dimensión conflictual que es analizada por M. L. Nibboyet tanto en relación con la sentencia de la *Cour de cassation* de 14 de octubre de 2020 que dio lugar al recurso a la instancia europea como respecto a la sentencia del TEDDHH en el Asunto A y B c. Francia. Vid. M.L. Nibboyet, "Pour une législation « sur-mesure » relative aux filiations d'intention dans les relations privées internes et internationales", en C. Brenner, Ch. Gijsbers y M. Laroche, *Mélanges en l'honneur de Philippe Théry, les coutures du droit*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2022, p. 417 y M.L. Nibboyet, "L'étrange affaire A et B c. France (les failles du régime international et européen de l'assistance médicale à la procréation)", *en prensa* (cortesía de la autora).

⁴³ Vid. C. González Beilfuss, "La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo", *en prensa*.

⁴⁴ Vid. con carácter general C. González Beilfuss, "The contribution of the Court of Justice of the European Union to international family law", *en prensa*.

de reclamación de la paternidad, se configuran de esta manera como alternativas al reconocimiento como técnica de Derecho internacional privado⁴⁵. Tampoco puede concluirse que el interés superior del niño juegue siempre a favor del reconocimiento de la filiación; en determinadas circunstancias es suficiente una solución en el plano de la responsabilidad parental⁴⁶ y en otras podría incluso ser legítimo que se alejara al niño de los comitentes⁴⁷. De manera similar la jurisprudencia del TJUE no obliga al reconocimiento de la doble filiación materna que consta en el certificado de nacimiento, únicamente a la remoción del obstáculo a la libre circulación que pudiere resultar⁴⁸.

Entiendo, por tanto, que los Estados miembros seguirán pudiendo recurrir a la cláusula de orden público. La Propuesta parece querer restringir su aplicación haciendo referencia al principio de no discriminación del art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Pero, como expondré más adelante, los derechos fundamentales en juego no se agotan en este precepto y admiten lecturas distintas.

Los Estados miembros que consideran que la gestación por sustitución es inherentemente contraria a la dignidad humana o que la clasifican como violencia sexual⁴⁹ probablemente no se avendrán a aceptar ninguna limitación en la aplicación de la cláusula de orden público. De hecho, si fueran coherentes es poco probable que acepten participar en este instrumento. Otros Estados con posiciones más abiertas podrían, en cambio, estar dispuestos a reconocer relaciones de filiación complejas si se ofrecen garantías de que la gestación ha respetado ciertos estándares mínimos. Esta es la línea en la que se trabaja en la Conferencia de La Haya⁵⁰ y la que creo no debería excluirse en la Unión Europea si lo que preocupa es la explotación de mujeres en situaciones de vulnerabilidad y el tráfico de personas. Estas situaciones se producen en Europa. En agosto de 2023 la

⁴⁵ Vid. E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p.150.

⁴⁶ Vid. STEDH 18 de mayo de 2021, *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, Application no. 71552/17.

⁴⁷ Vid. STEDH 24 de enero de 2017, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application no 25358/12.

⁴⁸ 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, ap. 8 y C. González Beilfuss "Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo", *REEL*, vol. 43 (pp. 8-13).

⁴⁹ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 1.3.2023).

⁵⁰ Vid. C. González Beilfuss, "Western-European Approaches to Surrogacy", en K. Trimmings, Sh. Shakargy y C. Achmad, *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar, en prensa.

policía griega arrestó a ocho personas involucradas en una red que persuadía a mujeres vulnerables para que vendieran sus óvulos o se prestaran a gestar niños por cuenta de otros. Estas mujeres eran trasladadas desde países como Ucrania, Rumania, Moldavia, Georgia y Albania a Chania en la isla de Creta donde se ubicaba el Instituto mediterráneo de la fertilidad, al que acudían parejas de lugares tan remotos como Australia para conseguir procrear⁵¹.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL ESPACIO Y COORDINACIÓN CON LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

Un aspecto problemático es, en efecto, la delimitación del ámbito de aplicación de las reglas europeas en el espacio. La Propuesta de Reglamento pretende aplicarse a los supuestos en los que la filiación establecida en un Estado miembro se tenga que reconocer en los demás Estados miembros, esto es, presupone que las situaciones intra y extracomunitarias se pueden diferenciar con claridad. Esta conclusión es apresurada.

Para empezar, hay que destacar que la Propuesta no define la situación transfronteriza. Una cuestión espinosa es si la mera voluntad de las partes es elemento suficiente para internacionalizar una situación. Una particularidad de muchos de los supuestos controvertidos es que la mayoría de los elementos del caso se vinculan con un Estado, el de la residencia habitual y nacionalidad de los comitentes, cuyas normas impiden el tratamiento de reproducción asistida al que éstos desean someterse. La Propuesta parte de una perspectiva de mercado único, que incluiría los servicios reproductivos⁵², que resulta excesivamente simplista. Se ignoran los derechos de la parte más vulnerable de la relación, el niño que resulta de dichos servicios, lo que demostraría que la lógica imperante no puede ser individualista.

El ámbito de aplicación del futuro Reglamento en el espacio se deduce de los arts. 1 y 3.3⁹. Las normas de competencia son aplicables sin ninguna condición personal, en cuanto se acuda al órgano jurisdiccional de un Estado miembro⁵³. Las normas de conflicto son, como en todos los demás

⁵¹ Vid. <https://www.abc.es/sociedad/caos-clinica-creta-trafficaba-bebes-madres-gestantes-20230821181641-nt.html> y <https://neoskopos.com/en/2023/08/14/news/greece/major-human-trafficking-and-baby-adoption-ring-dismantled-in-kania-greece/>.

⁵² Vid. E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, pp.158-159.

⁵³ En este contexto, es importante tener en cuenta la definición autónoma del concepto de jurisdicción, que figura en el art. 4.2⁹.e) incluye a cualquier autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales. Vid. *supra*. nota 23.

Reglamentos europeos, normas universales: se aplica la ley designada, aunque no sea la de un Estado miembro. En cambio, por lo que se refiere a la aplicación de las normas de reconocimiento de resoluciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva⁵⁴, así como en relación con la aceptación de documentos públicos que establezcan o acrediten la filiación, el texto exige la reciprocidad y sólo se aplica a las resoluciones y documentos públicos originarios de los Estados miembros.

En este contexto, sin embargo, la Propuesta pisa terreno inestable. Una de las características de los documentos públicos más relevantes en este ámbito, los certificados de nacimiento, es que se expiden en cuanto hay un nacional implicado. Si dos nacionales españoles contratan una gestación por sustitución en California, las autoridades españolas decidirán, en aplicación de las normas de Derecho internacional privado autónomo, si puede reconocerse o no la resolución judicial californiana. El futuro Reglamento no será de aplicación. Sin embargo, una vez reconocida la decisión y establecida la filiación, ésta figurará en un documento público español, ya que las autoridades españolas están obligadas a expedir un certificado de nacimiento español una vez que el niño haya adquirido la nacionalidad española. Por tanto, al proceder de un Estado miembro, este documento podrá beneficiarse del sistema europeo⁵⁵. Si los comitentes fueran nacionales de distintos Estados miembros no está claro si tendrían que optar por el reconocimiento de la sentencia de California en cada uno de dichos Estados, con potencialmente distintos resultados o si bastaría con obtener el reconocimiento de la sentencia en el Estado miembro con un régimen más liberal y luego circular en el interior de la Unión Europea con el certificado de nacimiento emitido por ese Estado⁵⁶. Así parece estar ocurriendo en el momento actual.

Cuando la relación de filiación se establece *ope legis* la situación es incluso más confusa. Tratándose de un niño con varias nacionalidades o nacido en un Estado distinto de aquel cuya nacionalidad ostenta, pueden existir certificados distintos con potencialmente diverso contenido, lo que demostraría que la filiación no se establece en puridad en ningún lugar. El nacimiento del niño tendrá lugar fuera o dentro de la Unión Europea, pero la relación de filiación ni se determina de conformidad con la ley del lugar de nacimiento, ni exige la intervención de ninguna autoridad de ese país ni consta únicamente en un documento público originario de dicho lugar.

⁵⁴ La distinción entre documentos públicos con fuerza ejecutiva y documentos públicos sin fuerza ejecutiva es muy poco clara. *Vid.* C. González Beilfuss e I. Pretelli, *loc. cit.*, pp. 299-300.

⁵⁵ *Vid.* S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 193-195.

⁵⁶ *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 160.

Hasta ahora, la Unión Europea ha evitado promulgar normas comunes sobre el reconocimiento de resoluciones y la aceptación de documentos originarios de terceros Estados. Ha optado, en cambio, por adherirse a Convenios multilaterales, en particular a los Convenios de La Haya. Pero, incluso si la Conferencia de La Haya consiguiera elaborar un Convenio sobre filiación, éste seguramente sólo sería aplicable a condición de reciprocidad y en relación al reconocimiento de sentencias⁵⁷. Por tanto, me parece que no debería excluirse la adopción de normas comunes sobre el reconocimiento o la aceptación de documentos que se apliquen a todos los documentos. Como hemos visto, si la filiación se establece *ope legis* no se establece en realidad en ningún lugar lo que aconseja que se evite la dualidad de regímenes por lo que respecta al reconocimiento del contenido del documento⁵⁸. Adicionalmente se ha de tener en cuenta que una relación de filiación que afecta a nacionales de Estados miembros no es ajena a la Unión Europea, entre otras cosas porque la filiación es criterio de adquisición de la nacionalidad de la mayoría de los Estados miembros y, por tanto, de la adquisición de la condición de ciudadano europeo.

Sea como fuere, en la negociación de la Propuesta necesariamente se tendrán que tener en cuenta los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. La Conferencia de La Haya empezó a interesarse por la filiación en 2010, cuando el Consejo de Asuntos Generales de la organización instruyó a la Oficina Permanente a hacer un seguimiento de las cuestiones de DIPr relativas al reconocimiento de la filiación por naturaleza. En esta primera referencia se resaltaba la preocupación de los Estados por la protección del niño en situaciones abusivas relacionadas con la gestación por sustitución⁵⁹.

En 2015 el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia aprobó la constitución de un Grupo de expertos a fin de que examinara si era deseable y factible iniciar negociaciones para la conclusión de un Tratado internacional en materia de filiación. Ese Grupo de expertos se reunió doce

⁵⁷ La primera reunión del Grupo de trabajo de la Conferencia de La Haya celebrada en noviembre de 2023 parece indicar que no hay un consenso suficiente para abordar el reconocimiento de documentos.

⁵⁸ La aplicación de regímenes distintos por lo que respecta al reconocimiento de la validez extrínseca del documento o del documento como *instrumentum* se justifica, en cambio, por la mayor confianza entre las autoridades de los Estados miembros. De hecho, esta cuestión se excluye de la Propuesta ya que se aborda en el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 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, OJ L 200, 26.7.2016.

⁵⁹ Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales del año 2010, p. 3 disponibles en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

veces hasta que el Consejo de Asuntos Generales de marzo de 2023 decidió su extinción y la constitución de un Grupo de trabajo. El Grupo de Trabajo se reunió por primera vez en noviembre de 2023.

Aunque siempre es aventurado hacer pronósticos todo parece indicar que los trabajos de La Haya se ceñirán al reconocimiento de resoluciones judiciales, lo que facilitaría la coordinación con el Reglamento europeo, pues el Convenio se aplicaría únicamente a las resoluciones judiciales de Estados contratantes no miembros de la Unión europea, mientras que el Reglamento se aplicaría al reconocimiento de resoluciones originarias de un Estado miembro. La Unión podría promulgar normas de Derecho aplicable de carácter universal y abordar el difícil terreno del reconocimiento de documentos públicos, incluyendo posiblemente, como se ha sugerido, a todos los documentos. Ello no es óbice a la necesidad de coordinar ambos textos sobre todo por lo que respecta a los criterios de competencia para asegurar que los criterios de competencia directa del Reglamento superen los filtros de competencia o criterios de competencia judicial indirecta del Convenio y posibilitar el reconocimiento de las sentencias dictadas en la Unión Europea en los Estados contratantes del Convenio.

IV EL PAPEL Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La propuesta de Reglamento en materia de filiación presentada por la Unión Europea surgió de manera sorpresiva, a raíz de una intervención de la presidenta de la Comisión, *Ursula von der Leyen*, en su discurso del estado de la Unión del año 2020. Mientras que el proyecto de La Haya se inicia por una preocupación respecto a las condiciones en las que se constituye la relación de filiación en supuestos de gestación por sustitución, el proyecto europeo tiene su razón de ser en la falta de continuidad de las relaciones de filiación en el espacio.

La Propuesta de la Comisión tiene, en mi opinión, una visión muy reduccionista de los derechos fundamentales en juego, esencialmente porque se despreocupa de las circunstancias de la concepción y de la determinación inicial de la filiación y reduce el papel del DIPr al reconocimiento de la filiación ya establecida. La iniciativa legislativa se justifica con el argumento de que la denegación del reconocimiento de una relación familiar existente en un Estado miembro puede lesionar los derechos del niño. Se ignora, sin embargo, que un reconocimiento acrítico

también puede contribuir a la vulneración de los derechos del niño y que éstos no son los únicos derechos a tener en cuenta⁶⁰.

La Propuesta de Reglamento contiene un precepto, el art. 15, calcado del Reglamento 2019/1111 en el que se recoge el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales de filiación. Ese derecho tiene, en mi opinión, escaso sentido en muchos de los procedimientos en materia de filiación. Si el objeto del litigio es determinar la verdad biológica, la opinión del niño o la de ninguna otra persona carece de relevancia.

En el texto de la Propuesta hay varias referencias al art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual, que afecta al niño de manera mediata, ocupa todo el protagonismo. En cambio, una cuestión fundamental, a la que sí que se ha prestado atención en los trabajos de La Haya, que es el derecho del niño a conocer sus orígenes, ni siquiera es objeto de mención. En 2019 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 156 (2019) sobre la donación anónima de esperma y óvulos que recomienda que, en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de donantes, padres e hijos, se preste especial atención a los derechos de la persona concebida con la ayuda de un donante, pues es quien está en una posición más vulnerable. Se recomienda que esta persona pueda acceder a información sobre las circunstancias de su concepción cuando cumpla los dieciséis o dieciocho años. Los Estados miembros del Consejo de Europa que permiten la donación de óvulos y esperma deberían crear un Registro de los donantes a fin de facilitar dicha información y también para establecer un límite máximo de donaciones. Se propugna además la necesidad de establecer cauces de cooperación internacional entre los Registros.

No puede, me parece, abordarse en el momento actual la regulación de la filiación prescindiendo de esta dimensión de la cuestión ni es demasiado creíble el argumento de que la Unión carece de competencia para exigir que se establezcan Registros de donantes, cuando acaba de proponerse la creación de un Registro en la Propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos⁶¹. Las reticencias se relacionan con el temor de la industria de que la eliminación del anonimato reduzca las donaciones de gametos.

⁶⁰ Vid. M. Ní Shúilleabháin, "Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33(1), 2019, pp. 104-122.

⁶¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos (COM/2023/280 final).

V. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista político la Propuesta europea en materia de filiación es, sin duda, una iniciativa polémica. Es tan celebrada por unos como una victoria de la estrategia europea para la igualdad LGBTQI como rechazada frontalmente por otros en virtud del principio de la identidad nacional. La consecución de la unanimidad en el Consejo que se requiere para su aprobación parece improbable.

Desde un punto de vista técnico, la Propuesta ha recibido muchas críticas lo que no es de extrañar pues la Comisión la preparó en tiempo *record* sin disponer de estudios de Derecho comparado serios y sin el beneficio de normas internacionales en las que apoyarse e inspirarse. Desde el principio la orientación general ya estaba determinada y era tan sencilla como la propugnada en el Libro Verde sobre el estado civil⁶²: promover la continuidad y permanencia de una situación de estado civil, en este caso la filiación, sin plantear demasiadas preguntas sobre el origen y la legitimidad de ésta. "Si eres padre en un país, eres padre en todos los países".

En ausencia de un consenso europeo sobre la gestación por sustitución y el uso de técnicas de reproducción asistida heterólogas, con uso de gametos de gametos de terceros es cuestionable que el DIPr se limite a promover la continuidad de la relación de filiación en el espacio. El DIPr no puede convertirse en un mero instrumento facilitador que bajo la apariencia de neutralidad promueva un modelo de sociedad en el que todo intento de regulación de las técnicas de reproducción asistida devenga fútil.

BIBLIOGRAFIA

Agacinski, S., *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Paris, Gallimard, 2019.

Álvarez González, S., "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica", *Revista de Derecho civil*, vol. X, nº 3, abril-junio, 2023, pp. 171-200.

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.

⁶² LIBRO VERDE Menos trámites para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de las actas del registro civil/* COM/2010/0747 final.

- Bainham, A., "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive yet Important Distinctions", en A. Bainham, S. Day Sclater y M. Richards, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 25-46.
- Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N. y Pintens, W., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, Intersentia, 2007.
- Büchler, A., "The right to respect for Private and family life. The case-law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family forms" en A. Büchler y H. Keller, *Family forms and Parenthood. Theory and Practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 29-39.
- Farnós Amorós, E., "Spain" en J. M. Scherpe, C. Fenton-Glynn y T. Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 62.
- Farnós Amorós, E., "El Derecho de filiación hoy: viejas categorías y modelos familiares contemporáneos" en A. Serrano Nicolás, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 199-203.
- Fulchiron, H., "La Proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau", *Journ. dr. int.*, núm 4, 2023, pp. 1171-1208,
- González Beilfuss, C., "Guardianship, custody and parental responsibility" en J. Basedow et al, *Encyclopedia of Private international law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017, pp. 864-870.
- González Beilfuss, C., "Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo", *REEI*, vol. 43, pp. 8-13.
- González Beilfuss, C., "La Proposition de Règlement européen en matière de filiation: analyse liminaire", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 59, nº 2, 2023, pp. 217-232.
- González Beilfuss, C. y Pretelli, I., "The Proposal for a European Regulation on filiation matters", *Yearbook of Private international law*, vol. 24 (2022/2023), pp. 275-307
- González Beilfuss, C., "La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo", en prensa.
- González Beilfuss, C., "The contribution of the Court of Justice of the European Union to international family law", en prensa.
- González Beilfuss, C., "Western-European Approaches to Surrogacy" en K. Trimmings, Sh. Shakargy y C. Achmad, *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar, en prensa.
- Hacke, D., *Legalized families in the era of bordered globalization*, Cambridge, CUP, 2017.
- Kohler, Ch. y Pintens, W., "Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2022–2023", *FamRZ* 2023 (18) pp. 1409 ss.
- Kvit N. y Spickhoff, A., "Leihmutterschaft in der Ukraine und gewöhnlicher Kindesaufenthalt". *FamRZ* 2023, (09), p. 658'.
- Nibboyet, M.L., "Pour une législation « sur-mesure » relative aux filiations d'intention dans les relations privées internes et internationales", en C. Brenner, Ch. Gijssbers y M. Laroche, *Mélanges en l'honneur de Philippe Théry, les coutures du droit*, Paris, LGDJ- Lextenso, 2022, p. 417ss.
- Nibboyet, M.-L., "L'étrange affaire A et B c./ France (les failles du régime international et européen de l'assistance médicale à la procréation)", en prensa-

- Ní Shúilleabháin, M., "Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33(1), 2019, pp. 104-122.
- Pretelli, I., "Il diritto di conoscere le proprie origini con particolare riferimento a figlie e figli di ascendenza multipla o complessa" en F. Pesce (ed), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto. Problemi aperti e sfide future*, Napoles, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 171 ss.
- Rodriguez Pineau, E., "La Propuesta de reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas", *Cuadernos de Derecho privado*, 6, 2023, pp-148-160.
- Válková, L., "The Commission Proposal for a Regulation on the recognition of Parenthood and other legislative trends affecting legal parenthood", *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. LVIII, 2022, pp. 854-899.

Recibido: 9 septiembre 2023
Aceptado: 18 septiembre 2023

La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento sobre Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Solución de ley aplicable de la Propuesta de Reglamento sobre Filiación. 1. Art. 17: una rara avis ante la ausencia de modelo. 2. Funcionamiento interno. 3. Puntos de conexión e intereses subyacentes. III. Incidencia del orden público IV. Conclusiones.

RESUMEN: La Propuesta de Reglamento sobre Filiación ha optado por recoger una regulación completa de Derecho internacional privado, incluyendo normas sobre ley aplicable. El presente trabajo pretende realizar un análisis de una norma de conflicto peculiar, especialmente pensada para un limitado grupo de problemas y de colectivos, aunque aplicable con carácter general. Para ello se analiza la estructura de la norma de conflicto, su funcionamiento interno y puntos de conexión, así como la especial incidencia que el orden público tiene en esta materia.

PALABRAS CLAVE: PROPOSTA DE REGLAMENTO DE FILIACIÓN, LEY APLICABLE, HOMOPARENTALIDAD, ORDEN PÚBLICO

Applicable law on the European Proposal on Parenthood under the new family models

ABSTRACT: *The Proposal for a Regulation on Parentage has chosen to include a complete regulation of private international law, including rules on applicable law. This paper aims to carry out an analysis of a peculiar conflict rule, specially designed for a limited group of problems and groups, although generally applicable. For this, the structure of the conflict rule, its internal functioning and connection points are analyzed, as well as the special incidence that public order has in this matter.*

KEYWORDS: EUROPEAN PROPOSAL ON PARENTHOOD – APPLICABLE LAW – HOMOPARENTHOOD- PUBLIC ORDER

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-1234520B-I00, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE), en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

AEDIPr, t. XXIII, 2023, pp. 171–190
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.23.06

I. INTRODUCCIÓN

1. La presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, afirmó en su discurso sobre el estado de la Unión de 2020 que “si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países”. En el marco de los trabajos para dar cobertura jurídica al contenido de esta declaración política, el 7 de diciembre de 2022 se publicó la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (en adelante, la Propuesta)¹, con el objetivo primordial de garantizar que la filiación determinada en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros *a todos los efectos*.

2. La idea del reconocimiento a todos los efectos parece ser el contrapunto al reconocimiento de la filiación a los solos efectos del ejercicio de las libertades de circular y residir libremente tal cual ha sido consagrado recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)². Con ello se abriría una nueva vía de reconocimiento, más amplia, en cuanto a sus efectos y en cuanto a sus destinatarios, que ya no quedarían limitados a los titulares de las citadas libertades y que podría paliar las dificultades reales que estos casos han puesto de manifiesto³.

En efecto, ejemplo de los problemas que genera a los ciudadanos europeos la gran heterogeneidad que hay tanto en Derecho civil, como en Derecho internacional privado en materia de filiación, los tenemos en los casos *Pancharevo* y *Rzecznick* en los que el Tribunal se ha tenido que pronunciar sobre problemas relacionados con el reconocimiento de la filiación por parte de Estados miembros en casos de homoparentalidad. En la archiconocida sentencia del caso *Pancharevo* el TJUE llega a una solución de compromiso para intentar salvaguardar el disfrute de las libertades

¹ Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final) disponible en https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d-ac50-ba13ed981897_en

² STJUE 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008; Auto TJUE de 24 de junio de 2022, asunto C2/21, Caso *Rzecznick*, ECLI:EU:C:2022:502.

³ Tal y como puso de manifiesto la profesora P. Jiménez Blanco al hilo del caso *Coman*, la limitación de las soluciones del TJUE lleva a resultados artificiosos en el contexto real; *vid.* P. Jiménez Blanco, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*, *La Ley Unión Europea*, nº 61, julio 2018, apartado 10; en el mismo sentido, G. Milios, “The Recognition of parenting rights of same-sex couples established abroad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 60, 2023, pp. 87-112, esp. p. 108.

europas que se veían comprometidas como consecuencia de la falta de reconocimiento de una filiación homoparental por parte de las autoridades búlgaras, tal y como había sido determinada en España, país de nacimiento de la niña⁴. Sin embargo, la limitación competencial del TJUE hace que su jurisprudencia no sea suficiente, pues el hecho de que el Tribunal imponga a las autoridades búlgaras la expedición de un documento identificativo a la niña, que le permita viajar y disfrutar del resto de libertades europeas con sus dos madres, no soluciona problemas en torno a cuestiones tan esenciales como lo son la determinación de los nombres y apellidos de la niña, el ejercicio de la responsabilidad parental en cuestiones tan cotidianas como por ejemplo la imposibilidad de la segunda progenitora de autorizar un tratamiento médico o la asistencia a una excursión de la niña; la obtención, llegado el caso, por parte de esta de alimentos o incluso de la condición de legitimaria en una sucesión *mortis causa*, entre otros.

3. La realidad social, de la mano de la proliferación de los nuevos modelos de familia, exige abordar una regulación en materia de filiación con el fin de evitar situaciones transfronterizas claudicantes o incluso contradictorias. De hecho, la primera idea del proyecto normativo estaba vinculada especialmente a las dificultades que presenta el reconocimiento de la filiación en las familias homoparentales. Y la aproximación metodológica más apropiada parecía ser la del “reconocimiento”; la usada por el TJUE en los citados casos vinculados a las libertades⁵ y la que parece extender su núcleo tradicional en materia de familia⁶. Las primeras reuniones del Grupo de Expertos nombrado *ad hoc* con la Comisión así parecen acreditarlo⁷. Y el contenido de la propia Propuesta también refuerza esta idea cuando recoge hasta cuatro vías distintas de reconocimiento: resoluciones judiciales, documentos con efectos jurídicos vinculantes, documentos sin efectos jurídicos vinculantes y certificado de filiación europeo.

⁴ La doctrina llega a conclusiones distintas sobre la interpretación del alcance de esta sentencia. *Vid.*, entre otros, S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de las parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/20 *Pancharevo*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 102, 2022; C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas y homoparentalidad; comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*”, *REEL*, vol. 43, 2022, pp. 8-13; para consultar una buena sistematización de las posturas de los comentaristas a *Pancharevo*, *vid.* L.A. Pérez Martín, “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 483-514, esp. pp. 496-500.

⁵ *Vid.* C. González Beilfuss, *loc. cit.*, pp. 8-13.

⁶ *Vid.*, últimamente, GEDIP, en su reunión de Oslo (2022): <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Reconnaissance-4.07.2022-Final.pdf>.

⁷ En su segunda reunión ninguno de los bloques temáticos incluía la ley aplicable, que no obstante fue objeto de discusión (punto 3.2) bajo la función de favorecer el reconocimiento.

Sin embargo, siendo el objetivo fundamental el facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros a todos los efectos, la Propuesta propone la adopción de un Reglamento típico y prevé una regulación completa de Derecho internacional privado, unificando también las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflictos de leyes⁸. En este contexto, nos limitaremos a la realización de un análisis de las soluciones recogidas en la Propuesta en materia de ley aplicable a la determinación de la filiación.

No es extraño, sino todo lo contrario, que un reglamento sobre filiación contenga normas sobre ley aplicable. Menos clara, a la luz de las soluciones particulares que se recogen en la Propuesta, es la finalidad o finalidades que encierran dichas normas. Estas sí son reglas o, como vamos a ver, una regla extravagante en el contexto del Derecho comparado, cuya finalidad no es del todo evidente, más allá de las declaraciones en torno a la protección de las familias homoparentales. Contrariamente a lo que puede predicarse de otros Reglamentos (Roma I, Roma II, Roma III...) no se atiende a los múltiples intereses detrás de las normas sobre ley aplicable en la materia tratada, en este caso la filiación, que van más allá de la filiación homoparental.

Si lo pretendido es, simplemente, combatir el *forum shopping* y facilitar el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en el resto⁹, cualquier solución de ley aplicable es igualmente válida. Ahora bien, si lo que se pretende es la identificación de la ley más apropiada para regular el establecimiento del vínculo de filiación, la solución de la Propuesta es técnicamente discutible y plantea más de una incógnita en su funcionamiento. Por otro lado, el efecto universal de su alcance también genera dudas en relación con la naturaleza de algunos supuestos a los que necesariamente resultará aplicable.

Para afrontar su estudio, partiremos de situar la regla de la Propuesta en un contexto general, para después analizar su funcionamiento interno y sus puntos de conexión. Seguidamente analizaremos cómo esta norma de conflicto puede verse afectada por el orden público, especialmente intenso en esta materia. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

⁸ La Propuesta se ha beneficiado de la "plantilla" de otros Reglamentos; *vid.* S. Álvarez González, "La propuesta de reglamento sobre filiación. Una presentación crítica" *Revista de Derecho Civil*, vol. X, nº 3 (abril-junio), pp. 171-200, esp. p. 181.

⁹ *Vid.* Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 2nd Meeting, 30 June 2021, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=27556&fromExpertGroups=3765> y el Considerando 50 de la Propuesta.

II. SOLUCIÓN DE LEY APLICABLE DE LA PROPUESTA DE FILIACIÓN

1. Art. 17: una rara avis ante la ausencia de modelo

4. La solución de ley aplicable de la Propuesta se ha desarrollado en un contexto de Derecho comparado en el que impera la ausencia de modelo¹⁰. Echando un vistazo a algunos de los sistemas jurídicos vecinos rápidamente podemos llegar a la conclusión de que no encontramos una norma de conflicto de filiación parecida a otra en esta materia¹¹. En el marco de toda esta heterogeneidad, la Propuesta ha optado por una solución extraña y ajena a cualquier opción de las normas de conflicto de nuestro entorno.

El art. 17 recoge la solución de ley aplicable a la determinación de la filiación en dos párrafos. En el primero se prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz determinada en el momento del nacimiento y, para el caso de que esta residencia habitual no pueda determinarse, se prevé la aplicación de la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija. El segundo párrafo dispone que, para los casos en los que de la aplicación de la ley determinada en el primer párrafo solo se determine la filiación respecto de un progenitor, se podrá aplicar alternativamente a la determinación de la filiación del segundo progenitor la ley del Estado de la nacionalidad del primer o del segundo progenitor o la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija.

Si bien el art. 17 de la Propuesta está estructurado en dos párrafos, recoge una sola norma de conflicto para la determinación de la filiación. Tal y como veremos, ambos párrafos funcionan de manera conjunta e inseparable de tal forma que, aunque visualmente no lo parezca, la estructura de la norma es la misma que la de nuestro art. 9.4º Cc, pues no es más que una norma de conflicto en cascada con la particularidad de que la conexión subsidiaria es múltiple (el art. 17.2º prevé la aplicación alternativa de hasta tres leyes diferentes), que podría haberse configurado en un mismo párrafo. Se trata además de una norma de conflicto materialmente orientada, si bien dicha

¹⁰ Es llamativa la ausencia de un trabajo preparatorio en el que se plasmaran, entre otros extremos, las actuales soluciones de ley aplicable a la filiación de los distintos Estados miembros. *Vid.* las críticas respecto del apresurado trabajo preparatorio de la Propuesta, S. Álvarez González, “La Propuesta...”, *loc. cit.*, p. 198.

¹¹ La selección es meramente aleatoria e incluye, además de a nuestro art. 9.4º Cc, a los sistemas de Portugal, Francia, Italia, Bélgica, Alemania y, aunque no sea Estado miembro, por su tradición jurídica internacional privatista, Suiza.

orientación presenta ciertas particularidades en relación con la limitación de su alcance, tal y como también tendremos ocasión de ver.

5. La Propuesta opta claramente por un supuesto de hecho amplio y general, en cuanto que se refiere a la *determinación de la filiación*; no distingue soluciones de ley aplicable en función del título de legitimación, tales como, por ejemplo, un reconocimiento voluntario, una filiación derivada de una presunción legal o del resultado de un proceso judicial. Tampoco distingue en función del momento en el que se plantea la determinación de la filiación, pudiéndose destacar dos momentos relevantes que pueden implicar distintas particularidades en función del título de legitimación: el momento del nacimiento o un momento posterior.

El Derecho comparado tampoco está presidido por un grado de especialidad importante, aunque sí duele distinguir. El sistema más especializado de entre los de nuestro entorno es el francés, que prevé una solución particular para el reconocimiento voluntario y para la posesión de estado¹². Italia también prevé una solución específica para el reconocimiento voluntario y en Bélgica se prevé una especialización temporal. Las acciones de impugnación también se tratan con especialidad en Alemania, donde se prevé una solución específica con puntos de conexión alternativos¹³ y en Suiza, donde se establece un matiz temporal para este tipo de acciones. La filiación matrimonial tiene un tratamiento diferenciado en Portugal, donde se recoge una norma de conflicto específica en cascada¹⁴; y en Alemania, donde se añade la posible aplicación de la ley de los efectos del matrimonio a las conexiones previstas para la filiación en general. Es nuestro art. 9.4º CC el que, desde esta perspectiva, más se parece a la solución de la Propuesta, pues recoge también un supuesto de hecho general, en el que no se prevé matiz ni especialización alguna¹⁵.

¹² Si bien la configuración técnica de esta especialización ha sido especialmente criticada por la doctrina del país, por las dificultades y dudas que plantea su aplicación. *Vid.* B. Audit/L. d'Avoit, *Droit international privé*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineux, 2018, esp. pp. 707 ss; P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit international privé*, 12ª ed., LGDJ, París, 2019, esp. pp. 446 ss; M-L. Niboyet/G. de Geouffre, *Droit international privé*, 6ª ed., Issy-les-Moulineux, LGDJ, 2017, p. 73.

¹³ *Vid.* P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., tomo II, C.H. Beck, Hamburgo, 2019, esp. pp. 722 ss.

¹⁴ *Vid.* D. Moura Vicente, *Direito Internacional Privado. Textos normativos fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 32.

¹⁵ No obstante, la indeterminación en la norma de conflicto del momento en el que hay que valorar el punto de conexión ha sido objeto de crítica y de diversas interpretaciones; *vid.* J. Carrascosa González, "Capítulo XIII. Filiación natural" en A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (coord.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1853-1960, esp. p. 1865; J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2022, p. 538.

6. Ante este supuesto de hecho general, las dudas de calificación que podrían plantearse giran en torno a qué se entiende por *determinación* y por *filiación* a efectos de la Propuesta. Queda claro que por *determinación* se entiende no sólo el establecimiento de la filiación, sino también su impugnación, pues así lo recoge expresamente el art. 18 a) dedicado al ámbito de aplicación de la ley aplicable¹⁶. El art. 4 contiene las definiciones de algunos conceptos utilizados en el texto normativo, tales como *filiación* o, más concretamente, *determinación de la filiación*. El apartado primero nos aporta poca información al recoger una definición tautológica según la cual se entiende por filiación el “*vínculo de filiación* entre el progenitor o progenitora y el hijo o hija establecido en la ley”; por su parte, el apartado tercero dispone que *determinación de la filiación* es “la determinación conforme a Derecho de la *relación jurídica* entre el hijo o la hija y cada progenitor o progenitora, incluyendo la determinación de la filiación a raíz de una reclamación por la que se impugne una filiación ya determinada”. Se incluye, según la Exposición de Motivos de la Propuesta, la filiación biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley y la filiación respecto de hijos con independencia de su edad. En cuanto a la adopción, sería necesaria una aclaración pues parece que la Propuesta está pensando en la adopción nacional¹⁷, si bien de la lectura de la definición de adopción internacional recogida en el Considerando 26, habría que entender incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta las adopciones con elemento extranjero que no entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993. Esta inclusión nos parece inintencionada y fruto de una descuidada definición de lo que se entiende por adopción internacional¹⁸.

¹⁶ Es una opción un tanto chocante y sería más adecuado acoger la propuesta que realiza el Grupo de Marburgo, en el sentido de indicar que la ley aplicable a la determinación de la filiación es también la aplicable a la impugnación. *Vid.* The Marburg Group, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”, disponible en <https://www.marburg-group.de/>, esp. p 4; trabajo publicado de forma resumida también en C. Budzikiewicz, K. Duden, A. Dutta, T. Helms y C. Mayer, “The European Commission’s Parenthood Proposal. Comments of the Marburg Group”, *IPRax*, 2023, pp. 425-435, esp. pp. 428-430.

¹⁷ La inclusión respecto de la adopción nacional afectaría al bloque del reconocimiento y no al de ley aplicable ni competencia judicial internacional.

¹⁸ Esta postura parece estar avalada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de enero de 2011, sobre la adopción internacional en la Unión Europea (2012/C 136 E/05). El grupo de Marburgo, sin avalar claramente la inclusión de las adopciones internacionales excluidas del Convenio de La Haya de 1993, propone una norma de conflicto específica para los casos de adopción. *Vid. loc. cit.*, p. 42.

Debemos realizar una mención particular a la filiación derivada de la gestación subrogada, que la Propuesta incluye dentro de su ámbito de aplicación material y, por tanto, en su solución de ley aplicable. Esta postura es contraria a la que parece seguir la Conferencia de La Haya, donde el Grupo de Expertos sobre filiación mantienen la necesidad de trabajar en paralelo en dos instrumentos: un Convenio para la filiación y un Protocolo para la filiación derivada de la maternidad subrogada¹⁹. Sin embargo, en el proyecto normativo europeo no sólo no se le da una solución diferenciada a este tipo de filiación, sino que la solución de ley aplicable prevista en general a toda filiación tiene un punto de conexión que, como veremos, parece estar pensado para los casos de maternidad subrogada o que, al menos, es especialmente beneficiosa para esta.

7. De mantenerse el punto de conexión principal, la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz determinada en el momento del nacimiento del hijo, sería necesario introducir una especialización de la norma de conflicto en atención al criterio temporal, es decir, en función del momento en el que se plantea la determinación de la filiación. En concreto, habría que distinguir los casos en los que la cuestión se plantea en el mismo momento del nacimiento del niño de aquellos en los que se plantea en un momento posterior²⁰. Esta diferenciación se debe a una necesaria acomodación del mencionado punto de conexión en términos de proximidad y localización, y no a motivos relacionados con la propia institución de la filiación. Es decir, tal y como veremos más adelante, la conexión de la residencia habitual de la persona que da a luz es apta para regir la filiación en el momento del nacimiento; pero si la determinación de la filiación se plantea en un momento posterior, es una conexión que pierde fuerza en términos de proximidad. Por tanto, esta necesaria especialización no se debe a motivos relacionados con las particularidades de cada título de legitimación de la filiación, sino a exigencias puramente localizadoras.

8. Frente a la generalidad de la norma de conflicto de la Propuesta, hemos visto ejemplos de especialización en función de los títulos de legitimación en Derecho comparado; así, por ejemplo, la más repetida se recoge para el

¹⁹ Vid. Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage, PREL. DOC. N. 1 of November 2022, publicado en marzo de 2023 y disponible en <http://efaidnbmnnnibpca-jpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>, esp. n.º 164, p. 49.

²⁰ Tanto el grupo de Marburgo, como el Grupo de expertos, proponen una norma de conflicto con esta especialización. Vid. The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 31; Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 7 th Meeting, 22, March 2022, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42655&fromExpertGroups=3765>, esp. p. 2.

reconocimiento voluntario, que prevén los sistemas francés, belga e italiano. Ahora bien, es verdad que la consideración de una posible especialización de la norma de conflicto en materia de filiación en virtud de distintos títulos de legitimación presenta la dificultad de conciliar la gran heterogeneidad que a nivel de Derecho material hay en materia de filiación con su traslación a la norma de conflicto; es decir, una especialización de la norma de conflicto en virtud de los títulos de legitimación va necesariamente de la mano del ordenamiento jurídico material que se tome como referente²¹, además de plantear importantes problemas de calificación.

2. Funcionamiento interno de la norma de conflicto

9. El art. 17 de la Propuesta recoge una norma de conflicto que parte, en su primer apartado, de una conexión neutra, esencialmente localizadora²². Sin embargo, en una peculiar configuración técnica, el apartado segundo del art. 17 prevé una orientación material al *favor filiationis*, pero únicamente respecto de un segundo progenitor, a través de una conexión alternativa. Para que se ponga en funcionamiento este segundo apartado es necesario que la aplicación de la ley derivada del anterior dé como resultado el establecimiento de la filiación respecto de un solo progenitor (además de que, evidentemente, haya un potencial segundo involucrado). En tales casos, que se han relacionado fácilmente con supuestos en los que la ley aplicable no permite una filiación homoparental, el precepto prevé la posibilidad de aplicar alternativamente la ley de la nacionalidad del primer progenitor, la ley de la nacionalidad del segundo progenitor o la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija; la finalidad es que se pueda determinar la filiación respecto del segundo progenitor, en un claro guiño a las familias “arcoíris”²³.

²¹ S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones concernientes a la emigración española*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1989, p. 151.

²² Neutra solo aparentemente, tal y como veremos al analizar el porqué del punto de conexión escogido. *Vid. infra*.

²³ Lo pone de manifiesto claramente el informe del Parlamento Europeo, realizado por A.Tryfonidou, “Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU”, Policy Department of Citizens, Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 746.632, April 2023, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2023\)746632](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2023)746632), esp. p. 81; de la misma idea, S. Álvarez González, “La propuesta de Reglamento europeo...”, *loc. cit.*, p. 184; más crítica se muestra la profesora Rodríguez Pineau, quien recuerda que se están dejando de lado otros intereses igualmente importantes y tradicionalmente presentes en materia de filiación, tales como el derecho a la verdad biológica, *vid.* E. Rodríguez Pineau, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, nº 6, 2023, pp. 148-180, esp. p. 165.

Esta asumida visión del art. 17 de la Propuesta choca, no obstante, con obstáculos directamente derivados de su literalidad y funcionamiento interno. Aunque la pretensión de su segundo párrafo sea dar cobertura a estos nuevos modelos familiares, el precepto es una norma para determinar la filiación respecto de un segundo progenitor, con independencia de que se trate de una familia homoparental o heteroparental. Incluso en el caso de, por ejemplo, una pretendida maternidad homoparental en la que solo se determinara conforme a la ley aplicable la maternidad respecto de la madre biológica, el hecho de que no se permitiera establecer la filiación respecto de la otra mujer, no significa que la ley no prevea la determinación de una filiación paterna²⁴. Dicho esto, se pueden destacar varios comentarios en relación con el funcionamiento de esta peculiar norma de conflicto, que vamos a estructurar en cinco puntos: el primero se refiere a la limitada configuración de la orientación material, el segundo a la relación entre el primer y el segundo párrafo del artículo, el tercero al funcionamiento de la conexión múltiple subsidiaria, el cuarto a la relación de la cascada con el foro y el quinto a las ausencias de la norma de conflicto.

10. Empezando por el primer punto, la configuración limitada que la norma hace del *favor filiationis* respecto del segundo progenitor lleva a resultados confusos. De la letra del artículo se deriva que la conexión subsidiaria múltiple del segundo párrafo no se puede aplicar en el caso de que no se determine la filiación respecto de ningún progenitor, lo cual es incoherente, puesto que se estaría omitiendo injustificadamente respecto del primer progenitor el principio en el que se basa el *favor filiationis* para el segundo progenitor: es mejor que la filiación esté determinada, que lo contrario. Y si lo es para favorecer el establecimiento de la filiación respecto del segundo progenitor, con más razón debería serlo respecto del primero. Un ejemplo puede servirnos para ilustrar este defectuoso funcionamiento del art. 17; dos mujeres, una de nacionalidad búlgara y la otra de nacionalidad española, con residencia habitual en Bulgaria, planean ser madres y una de ellas se somete a tratamientos de fertilidad. Una vez nacida la niña quieren inscribirla en el Registro Civil español; en aplicación del art. 17.1 de la Propuesta la ley búlgara sería aplicable a título de ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento. Según la ley búlgara no se podría determinar la filiación respecto de ninguna de las progenitoras de intención, porque estas se niegan a dar la información sobre la identidad biológica de la niña²⁵. En estas circunstancias se daría la

²⁴ Vid. en este sentido, The Marburg Group, *loc. cit.*, esp. p. 33.

²⁵ Este fue el resultado final en el caso *Pancharevo*, pues si bien en la cuestión prejudicial el tribunal remitente daba por sentada la nacionalidad búlgara de la niña, entrando en juego las libertades europeas y demás derechos de la ciudadanía europea, finalmente, una vez que el caso se devolvió a la justicia nacional, la cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo búlgaro, quien al

paradoja de que la autoridad española no podría pasar al segundo escalón de la cascada y aplicar la conexión subsidiaria múltiple (que le permitiría aplicar la ley española a título de ley de la nacionalidad de una de las progenitoras)²⁶. Sin embargo, una norma de conflicto como nuestro actual art. 9.4º Cc sí nos permitiría seguir explorando otras leyes de la cascada pudiéndose llegar a establecer la filiación. En definitiva, el resultado al que lleva la configuración del segundo párrafo del art. 17 es ilógico y seguramente inintencionado, fruto de una extrema preocupación por dar cabida a las familias homoparentales, que conduce a una cierta ceguera respecto de la panorámica global de la filiación.

Pero incluso este objetivo limitado no está garantizado con el funcionamiento de esta norma de conflicto; modelando el supuesto de hecho anterior, vamos a imaginar que la madre biológica búlgara está casada con un ciudadano búlgaro, del que está separada de hecho, pero todavía no se ha divorciado en el momento del nacimiento de la niña. En este caso, la aplicación de un sistema como el búlgaro podría dar lugar a la determinación de la filiación respecto de la madre biológica y de su marido, no quedando indeterminada la filiación respecto del segundo progenitor u operando, pero sin prevalecer el sistema que da cobertura a la familia homoparental frente a la tradicional.

11. La segunda cuestión a destacar del funcionamiento del art. 17 y que está relacionada con la anterior se refiere a la necesaria aclaración de en qué casos debemos acudir a la conexión subsidiaria múltiple del segundo párrafo del precepto. Es decir, en qué momento entra en juego el segundo párrafo del art. 17.

Este problema nos es conocido, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ya se ha planteado respecto de las conexiones subsidiarias del art. 9.4º Cc y el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, una de las mayores críticas que se realizan al actual art. 9.4º Cc tiene que ver con la configuración técnica de la orientación material del precepto y en concreto con qué se entiende por “si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación” como clave para pasar a utilizar las

revisar el fondo del asunto determinó que la niña no era búlgara por no haber quedado acreditado el vínculo biológico respecto de la madre búlgara y se concluyó, por tanto, que no hay obligación por parte de las autoridades búlgaras de expedir certificado de nacimiento ni documento identificativo alguno. *Vid.* N. Rusinova “Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo – Correct answer to a wrong question”, *The EAPIL blog*, 11 mayo 2023, disponible en <https://eapil.org/2023/05/11/bulgarian-supreme-court-judgment-on-pancharevo-correct-answer-to-a-wrong-question/>

²⁶ Obviamente aquí nos encontraríamos con la operatividad del orden público español, que ahora estamos omitiendo por motivos instrumentales, pero podría no ser así si situásemos el supuesto en otro Estado miembro.

conexiones subsidiarias²⁷. El precepto parte del presupuesto apriorístico abstracto de que la determinación de la filiación siempre es el objetivo a alcanzar y ello no siempre respeta el *favor filii* en el caso concreto²⁸. Es decir, una aplicación automatizada de la cascada de la norma de conflicto podría implicar resultados incoherentes desde el momento en el que los propios Derechos materiales (incluido nuestro CC) prevén supuestos de hecho en los que el no establecimiento de la filiación es lo que procede, de acuerdo con el *favor filii* o por el hecho de favorecer en todo caso la persistencia de una filiación determinada frente a su impugnación, entre otros casos²⁹. Ahora bien, frente a esta aplicación automatizada de la norma en conflicto en cascada, el TS interpretó que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo solo se puede rechazar cuando dicha ley excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico y no cuando, como ocurría en el caso concreto, el establecimiento de la filiación no se permita por no haberse ejercido por el demandante conforme a los criterios previstos en la ley para ello³⁰.

De la experiencia con nuestro art. 9.4º Cc se desprende que, frente a las dos opciones, la aplicación automatizada de la cascada o la aplicación matizada de la misma, la segunda opción es la más adecuada; en esta misma dirección, es interesante la propuesta que realiza el grupo de Marburgo en el sentido de limitar el funcionamiento de las conexiones subsidiarias a los casos en los que de la aplicación de la ley derivada del primer párrafo del art. 17 se produzca una discriminación por razón de sexo o de nacimiento³¹.

13. La tercera cuestión sobre la que debemos reflexionar se refiere al funcionamiento de la conexión múltiple subsidiaria del segundo párrafo. La

²⁷ Vid. S. Álvarez González, "La ley aplicable a la filiación por naturaleza", en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109, especialmente pp. 98 y ss.

²⁸ Por ejemplo, en el caso de una filiación incestuosa como ponen de relieve los profesores Carrascosa González y Adam Muñoz; si bien, claro está, siempre quedaría el recurso al orden público. Vid. M.D. Adam Muñoz, "La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español", *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54, esp. p. 45. y 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. 68, nº. 2, 2016, pp. 157-182, esp. p. 175.

²⁹ Vid. S. Álvarez González, "La ley aplicable...", *loc. cit.*, p. 95. Se ha propuesto que el legislador concrete en la norma de conflicto las causas que determinan la no aplicación de la propia ley designada por la norma; Vid. M.D. Adam Muñoz, *loc. cit.*, p. 46, si bien intuyo que no sería nada fácil sin caer en una excesiva sustantivación de la norma de conflicto al estilo Derecho civil español, con los riesgos que esto supone en el plano internacional.

³⁰ STS 1281/2018 de 17 de abril de 2018 ECI:ES:TS:2018:1281, esp. FJ sexto. En el caso concreto, no se llegaba al establecimiento de la filiación porque había prescrito, conforme a la ley aplicable, el plazo para el ejercicio de la acción de filiación.

³¹ The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 35.

previsión de distintas leyes posiblemente aplicables de forma alternativa implica la necesidad de realizar un juicio previo sobre el contenido de las leyes por parte de la autoridad competente. Personalmente, encuentro cierta inquietud en la técnica de conexiones alternativas para la determinación de la filiación, puesto que no solo se trata de responder a la cuestión de filiación sí o filiación no, sino a qué filiación. Es decir, la autoridad competente podría encontrarse con la posibilidad de aplicar distintas leyes, cada una de las cuales lleve a la determinación de la filiación respecto de un segundo progenitor, pero con resultados distintos. Pensemos en el posible choque entre una ley que establece la filiación respecto del padre biológico frente a otra ley que hace prevalecer la posesión de estado. ¿Cuál debería aplicarse en cada caso? ¿Hasta dónde llega el *favor filiationis*?³²

Sobre este particular, llama la atención la postura del grupo de Marburgo que tras analizar el art. 17.2º de la Propuesta y advertir sobre los problemas que conlleva una conexión alternativa, ellos mismos proponen una regla similar a la de la Propuesta, aunque matizada, para la determinación de la filiación respecto del segundo progenitor, en la que se prevé la aplicación alternativa de tres posibles leyes³³. Por su parte, el Grupo de Expertos opta por una norma de conflicto en cascada, con puntos de conexión jerarquizados³⁴. Partiendo de la base de que el objetivo del art. 17.2º es legítimo, en cuanto que se entiende con carácter general que el establecimiento de un doble vínculo de filiación es preferible a la existencia de un solo vínculo, hubiera sido más oportuna una norma de conflicto con puntos de conexión jerarquizados al estilo de la proyectada por el Grupo de Expertos, donde pudieran convivir la función localizadora y la orientación material de la norma, mermando el riesgo de llegar a resultados diferentes en función de la autoridad competente.

En relación con este espacio de incertidumbre, el precepto dice que “podrá aplicarse” en vez de “se aplicará”; es decir, que parece dejar la posibilidad de aplicar una de las leyes recogidas en la norma de conflicto alternativa al arbitrio de la autoridad competente. Esta discrecionalidad se

³² Sobre este problema de interpretación de las normas de conflicto materialmente orientadas, *vid.* J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 13-426, esp. pp. 360 y ss., donde el autor toma precisamente de ejemplo un caso de filiación.

³³ The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 32 y pp. 34 ss., donde justifican esta preferencia por la conexión alternativa en vez de la jerárquica con el fin de facilitar a la autoridad competente la determinación de la ley aplicable y, si es posible, aplicar la *lex fori*.

³⁴ Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 7 th Meeting, 22, March 2022, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42655&fromExpertGroups=3765>, esp. p. 2.

asume en la Exposición de Motivos cuando se habla de que una autoridad de un Estado miembro se puede acoger al art. 17.2º en los casos en los que se esté planteando la determinación de la filiación por primera vez, pero también, en aquellos casos en los que otra autoridad de otro Estado miembro ya haya determinado la filiación respecto de un solo progenitor o progenitora. Dejar al arbitrio de las autoridades de cada Estado miembro la aplicación del art. 17.2º implica asumir resultados distintos en función de la autoridad competente, lo que aleja también al texto normativo de sus objetivos.

14. En cuarto lugar, la norma de conflicto presenta un problema en relación con su estructura en cascada y la ausencia de un ordenamiento jurídico material del foro. Habitualmente las normas de conflicto en cascada introducen un valor jurídico protegible para el foro, razón por la cual no es extraño que la jerarquía de los puntos de conexión se cierre con la invocación del Derecho del foro, al estilo de nuestro art. 9.4º Cc. El contexto de la Propuesta es totalmente distinto, porque no hay un foro, sino veintisiete y porque la heterogeneidad a nivel de Derecho material de filiación es todo un hándicap en la materia; la orientación material que recoge la norma de conflicto es la concebida por la Comisión en su objetivo de garantizar el estatus jurídico de las familias “arcoíris”. Desde este punto de vista, el funcionamiento de la norma de conflicto puede dar lugar a la paradoja de que la ley del foro, llamada por la norma de conflicto, sea en parte sustituida por una ley extranjera. Pensemos en el ejemplo de una pareja homoparental formada por dos mujeres húngara y española, de las cuales la primera se somete a un tratamiento de reproducción asistida y gesta a una niña que nace en Hungría, país de la residencia habitual de la madre en el momento del nacimiento. Según el art. 17.1º la ley húngara sería la aplicable a la determinación de la filiación, que sólo se podría establecer respecto de la madre biológica, en cuanto que la homoparentalidad no está permitida en este país. Ahora bien, una autoridad húngara a la que se solicitara la inscripción de la niña a favor de las dos progenitoras, se vería en la obligación de desechar la aplicación de la ley húngara en relación con la homoparentalidad para aplicar, por ejemplo, la ley española, a título de ley correspondiente a la nacionalidad de la segunda progenitora, con el resultado de inscribir a la niña como hija de ambas³⁵. El desplazamiento de la ley del foro a favor de una ley extranjera en el marco del funcionamiento de una norma de conflicto en cascada no es técnicamente descabellado, pero precisa de un objetivo compartido. Hay ejemplos claros, como en materia de forma o, en términos más sustantivos, en la tutela del acreedor alimenticio.

³⁵ Dejamos de lado en este momento el análisis de la posible incidencia del orden público, al que se dedicará un apartado específico.

Pero se trata, de orientaciones materiales compartidas, que no rechazan frontalmente las concepciones del foro. La solución de la Propuesta es menos clara, y podría considerarse por sus críticos como un subterfugio para conseguir por la vía de ley aplicable lo que no se puede introducir por la vía de Derecho material por ser competencia exclusiva de los Estados miembros.

15. En quinto y último lugar, una vez explorado el funcionamiento de la norma de conflicto, debemos poner un especial énfasis en una de sus grandes ausencias. Como ya hemos tenido ocasión de destacar, la norma está prevista y dirigida para el colectivo de las familias “arcoíris”. Sin embargo, una norma de conflicto sobre filiación debe atender a las particularidades de otras posibles situaciones que afecten a estas (y otras) familias, como son los casos de impugnación de la filiación. En efecto, la norma de conflicto cubre las necesidades de una familia homoparental bien avenida, pero ¿qué ocurre cuando en una familia homoparental hay una impugnación de la paternidad por parte de uno de los padres? La Propuesta nos indica que por establecimiento de la filiación se entiende también la impugnación; sin embargo, ¿cómo podemos encajar la orientación material del *favor filiationis* respecto del segundo progenitor para los casos de impugnación de la filiación? Pensemos, por ejemplo, en el caso de un matrimonio entre dos hombres que residen habitualmente en España y que acuden a la técnica de gestación subrogada a Los Ángeles, dando como resultado la inscripción en el Registro Civil del Consulado General de España de la filiación matrimonial respecto de ambos cónyuges. Dos años más tarde la pareja sufre una crisis consecuencia de la cual el padre biológico impugna la filiación respecto de su ex pareja, quien consta como padre no biológico³⁶. Según el art. 17 dicha impugnación se regiría por la ley del Estado de la residencia habitual de la persona que dio a luz concretada en el momento del nacimiento, esto es, la ley californiana, o cuando no pueda determinarse la residencia habitual de dicha persona, la ley del Estado de nacimiento del niño, que también nos lleva a la ley californiana; al margen de la adecuación o no de los puntos de conexión del primer párrafo para solventar la impugnación³⁷, no queda claro cómo se aplicaría a este caso la conexión múltiple subsidiaria del párrafo segundo. La lógica de la impugnación de la filiación no está contemplada en la norma de conflicto³⁸.

³⁶ Este caso se planteó en la jurisprudencia española, en la SAP Madrid 10117/2020, de 7 de julio de 2020, ECLI:ES:APM:2020:2017.

³⁷ Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que la filiación que ahora se impugna, se hubiera establecido conforme a una de las leyes del segundo párrafo.

³⁸ Conscientes de esta inadaptación, el grupo de Marburgo propone una norma de conflicto específica para los casos de “terminación” de la filiación. The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 37.

3. Puntos de conexión e intereses subyacentes

16. Al margen de la estructura e interrogantes que presenta el funcionamiento de la regla estudiada, tal cual hemos visto en el epígrafe anterior, lo cierto es que la elección de los concretos puntos de conexión, en sí mismos considerados, también dice mucho sobre el alcance y la filosofía de la Propuesta. Podríamos decir que la problemática en torno a la decisión sobre cuál es el punto de conexión propicio para la filiación es una cuestión clásica. No encontramos una aproximación de cuál es el idóneo para regular la filiación, como tampoco parece que haya claridad sobre cuáles son los intereses subyacentes priorizados para la regla de la Propuesta.

17. Comenzando por los intereses subyacentes, sabemos que garantizar los derechos de las familias LGTBI es además de un objetivo confesado, la mecha que puso en marcha este trabajo legislativo; ello se traslada a lo largo de todo el texto normativo y, como vamos a ver, también en los puntos de conexión utilizados. Por otro lado, se hace referencia al interés superior del menor (y no del hijo) como principio informador de la normativa; si bien es cierto que cualquier normativa que afecta a menores debe estar inspirada por este principio, no lo es menos que el ámbito de aplicación de la Propuesta, y así lo dice expresamente el texto, no se refiere únicamente a la filiación de hijos menores de edad, sino a la filiación de hijos en general, con independencia de la edad³⁹. Por último, un *favor filiationis* limitado al segundo progenitor, configurado de manera que se confunde el *favor filii* con el *favor filiationis*; ello se deriva del deficitario funcionamiento de la norma de conflicto que hemos analizado en los casos de impugnación de la filiación⁴⁰.

18. Escoger los puntos de conexión ha sido desde siempre algo complejo en cuanto que la determinación de la filiación implicaba al menos a tres personas; la proliferación de los nuevos modelos de familia no mejora el escenario, porque donde antes había una “madre”, ahora hablamos de “madre biológica”, “madre gestante” o “madre de intención”. El Derecho comparado tampoco nos aporta nada sobre la preferencia por uno u otro punto de conexión, pues hay sistemas que prefieren conexiones relacionadas con el hijo, sistemas que utilizan conexiones relacionadas con la madre o sistemas que se refieren a conexiones del progenitor respecto del

³⁹ La definición de hijo o hija recogida en el art. 4.2º se refiere a toda persona de cualquier edad cuya filiación deba determinarse, reconocerse o acreditarse. *Vid.* las críticas sobre el uso del interés superior del menor como principio informador en materia de filiación de S. Álvarez González, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, pp. 93 ss.

⁴⁰ *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 165.

que se plantea el establecimiento de la filiación; y, por otro lado, algunos prefieren la conexión de la nacionalidad, otros la de la residencia habitual⁴¹. Ahora bien, de toda la variedad existente, ninguno de los sistemas que hemos visto opta por la conexión de la que parte la Propuesta: la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz⁴². Esta conexión supone también una *rara avis* en el panorama actual.

Debemos preguntarnos el porqué de esta conexión desconocida entre los sistemas de nuestro entorno. Dicha pregunta debe estar relacionada también con los intereses subyacentes en la norma de conflicto, cuestión que, como ya hemos adelantado, tampoco parece del todo clara. Desde el punto de vista localizador, la conexión de la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz parece aceptable, al menos para los casos en los que la filiación se determine en el mismo momento del nacimiento⁴³. Efectivamente, hay una fuerte conexión entre la persona que da a luz y el hijo, lo cual justifica en términos de proximidad el posible uso de esta conexión. Sin embargo, existen otras posibles opciones igualmente válidas en términos localizadores (como, por ejemplo, la ley de la residencia habitual del hijo o la ley de la residencia habitual de la madre⁴⁴), pero el texto normativo apuesta por la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz. Sea cual sea la razón que pueda haber detrás de esta elección, lo cierto es que la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz resulta una ley muy favorable al establecimiento de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución, pues habitualmente la persona que da a luz en estos casos, lo hace en el país de su residencia habitual, país cuya legislación permite la maternidad subrogada y que, por tanto, previsiblemente preverá la determinación de la filiación respecto de los padres de intención. El confesado propósito de la Propuesta de dar cabida y seguridad jurídica a las familias “arcoíris”, confirmaría esta visión, en cuanto

⁴¹ En general todas ellas han recibido algún tipo de crítica. *Vid.*, por ejemplo, en relación con las conexiones del art. 9.4º Cc, J.Carrascosa González, *loc. cit.*, pp. 162-171 donde el autor parece avalar la preferencia del uso de la conexión de la residencia habitual del hijo, frente a la de su nacionalidad. Otros autores no ven argumentos categóricos a favor de una u otra, *vid.* S. Álvarez González, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, p. 101. Con carácter más general, se puede consultar el análisis que realiza el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya en su informe de noviembre de 2019 sobre algunos puntos de conexión, poniendo de relieve sus pros y sus contras; *vid.* “Report of the Expert’s Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 th October to 1 November 2019)”, disponible en <http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/docs/d435cfc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>, esp. pp. 5 y 6.

⁴² En el seno de los trabajos de la Conferencia de La Haya sí se valora esta conexión, pero no como opción prioritaria, sino después de la conexión de la ley del Estado de nacimiento del hijo. *Vid.* Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report..., *op. cit.*, p. 57.

⁴³ *Vid.* las consideraciones al respecto de The Marburg Group, *loc. cit.*, esp. p. 35.

⁴⁴ Advirtamos que no es lo mismo decir ley de la residencia habitual de la madre que ley de la residencia habitual de la persona que da a luz.

que es común que este colectivo acuda a esta vía con el fin de poder fundar una familia.

19. La ley de la residencia habitual del hijo sólo entra en juego para los casos en los que no se pueda determinar la residencia habitual de la persona que da a luz⁴⁵. Esta conexión es también correcta en términos localizadores; de hecho, es la principal ley que debería aplicarse para aquellos casos en los que la determinación de la filiación se plantee en un momento posterior al del nacimiento⁴⁶. Dentro de la aleatoriedad de los puntos de conexión de filiación, las conexiones referidas al hijo tienen el plus de que, de la ecuación, es el único elemento que siempre va a estar; no es posible plantear un problema de filiación sin hijo, pero sí es posible plantear un problema de filiación sin, por ejemplo, el padre, como ocurre en los casos de familias monógamas, o sin madre, como ocurre en las familias homoparentales de sexo masculino.

20. Por último y en cuanto a las conexiones de juego alternativo y subsidiario del art. 17.2º, debemos advertir la posible aplicación de una ley desvinculada con la situación en los casos en los que se aplique la ley de la nacionalidad del primer progenitor a la determinación de la filiación respecto del segundo progenitor. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que la filiación está determinada respecto de la madre, nacional española, quien residía habitualmente en Marruecos en el momento en el que se produjo el nacimiento del niño. Se plantea la filiación respecto del segundo progenitor, un hombre con nacionalidad marroquí y residencia habitual en Marruecos. En virtud del art. 17.2º sería posible que a la determinación de la filiación respecto de este hombre se aplique el Derecho español, un ordenamiento jurídico que, en el ejemplo, no cumpliría con los estándares de proximidad. Sería más recomendable, en definitiva, limitar la conexión de la nacionalidad a la del progenitor respecto del que se está planteando la determinación de la filiación⁴⁷.

III. INCIDENCIA DEL ORDEN PÚBLICO

21. Uno de los puntos más sensibles de la regulación de la Propuesta es la cláusula del orden público. Si bien la excepción de orden público es un mecanismo que tenemos perfectamente interiorizado, en filiación su incidencia es especialmente notoria. Y ello porque no es infrecuente que se

⁴⁵ Como ejemplos, la Exposición de Motivos de la Propuesta se refiere concretamente a los casos de refugiadas o madres internacionalmente desplazadas.

⁴⁶ *Vid. supra*.

⁴⁷ En este sentido también se ha pronunciado el Grupo de Marburgo, *loc. cit.*, p. 34.

pueda activar, en cuanto que esta materia es especialmente definitoria de la identidad nacional de un Estado, de su concepción familiar, social y, por ende, cultural. Buena prueba de ello es que, sin aún tener texto normativo, el TJUE ya haya tenido que pronunciarse en dos ocasiones sobre casos que en materia de filiación pusieron en jaque las libertades europeas, sobre la base de la identidad nacional de Estados miembros y de su orden público.

La excepción de orden público se recoge en el art. 22, a través de dos apartados y con cierta novedad; es la primera vez que se incluye en sede de ley aplicable a nivel de texto normativo la referencia al respeto de los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta, particularmente el art. 21 de la misma, sobre el principio de no discriminación⁴⁸. Además, la Exposición de Motivos da un paso más y recoge expresamente que la excepción de orden público no debe aplicarse para rechazar la aplicación de una ley que prevea la filiación homoparental, por el hecho de que los progenitores sean del mismo sexo. Varias cuestiones se pueden comentar al respecto.

22. La primera de ellas se refiere a la relación entre la orientación material recogida en el art. 17.2º y la excepción de orden público. Técnicamente la relación entre una norma de conflicto materialmente orientada y el orden público es una relación de complementariedad en la búsqueda del interés o valor jurídico protegido por el foro. En este sentido, la funcionalidad de la excepción del orden público se orienta a articular de la mejor forma las relaciones entre un ordenamiento jurídico extranjero y el del foro, a la luz de los valores que informan uno y otro⁴⁹. Sin embargo, este juego del orden público no queda claro en la Propuesta si nos planteamos el caso en el que es la propia ley del foro la que no cumple con los estándares de la norma de conflicto; pensemos, por ejemplo, en la *lex fori* polaca, rumana o búlgara en relación con la homoparentalidad.

23. Evidentemente el hecho de que la Propuesta haga especial hincapié en la prohibición de discriminación por razón del sexo de los progenitores no implica que la cláusula de orden público no pueda utilizarse en otros escenarios, sino que es una muestra más de la especial preocupación política que existe en torno a la situación de las familias “arcoíris” en la UE⁵⁰. En España, el TS interpretó, al hilo de una reclamación de paternidad extramatrimonial instada por un hijo, que los plazos de prescripción previstos en el Derecho aplicable, el francés, eran contrarios al orden

⁴⁸ Hasta ahora sí se había hecho referencia a la Carta en los Considerandos de otros Reglamentos o se había introducido la cláusula de derechos fundamentales, pero en sede de reconocimiento y, en concreto, respecto de las causas de denegación.

⁴⁹ Vid. J.D. González Campos, *loc. cit.*, p. 391.

⁵⁰ Vid. E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 173.

público español⁵¹; y, en relación a la legitimación activa para la reclamación de la filiación, debemos tener en cuenta las sentencias del TC en las que se declaró inconstitucional un precepto del Código civil en el que se impedía reclamar la filiación no matrimonial en los casos en los que no hubiera posesión de estado por contrariar el derecho a investigar la paternidad recogido en el art. 39.2º CE⁵².

En Derecho comparado podemos encontrar también ejemplos de aplicación de la excepción de orden público a distintos aspectos de la filiación. Así, por ejemplo, la Corte de Casación italiana, sobre la base del *favor filiationis*, declaró como principio de orden público internacional el establecimiento de la filiación a quien fue concebido, con independencia de la naturaleza de la relación de los progenitores⁵³. En Francia, la Corte de Casación excluyó, por ser contrarias al orden público, por un lado, la aplicación de una ley extranjera que privaba al hijo la posibilidad de establecer la filiación paterna (incluso sin referencia explícita a las conexiones de la situación con Francia) y, por otro lado, la aplicación de otra ley extranjera según la cual se determinaba la filiación por la mera prueba de la declaración de la madre, sin más indicios⁵⁴. En definitiva, el juego del orden público en materia de filiación va mucho más allá de los casos en los que se ven afectados los derechos del colectivo LGBTI.

24. Por último, debemos hacer especial referencia al orden público y la maternidad subrogada. La mayor parte de los casos que actualmente afectan al orden público en materia de filiación en Derecho comparado se refieren a la maternidad subrogada y la jurisprudencia del TEDH en la materia es extensa⁵⁵. En la UE sólo hay dos países (Grecia y Portugal) que regulan esta técnica, lo que significa que los casos de filiación derivada de la maternidad subrogada son importados de terceros países. Se plantea la duda de cómo

⁵¹ STS 2311/2000 22 de marzo de 2000, ECLI:ES:TS:2000:2311

⁵² STC 273/2005 27 de octubre, BOE 29.11.2005, ECLI:ES:TC:2005:273 y STC 52/2006, de 6 de febrero, BOE 16.3.2006, ECLI:ES:TC:2006:52; ambas sentencias declararon inconstitucional el párrafo primero del art. 131 CC en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En el mismo sentido y más reciente, STC 41/2017 de 24 de abril, BOE 27.5.2017, ECLI:ES:TC:2017:41 que declara inconstitucional la Ley 71 b) de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, por vulnerar el art. 39.2º CE al restringir las posibilidades de legitimación activa en los casos de filiación no matrimonial.

⁵³ El Alto Tribunal italiano excluyó la aplicación de la ley egipcia por impedir el establecimiento de la filiación por haberse concebido el hijo en el marco de una relación adúltera. *Vid.* T. Ballarino/E. Ballarino/I. Pretelli: *Diritto internazionale privato italiano*, 8ª ed., Cedam, Vicenza, 2016. p. 210.

⁵⁴ *Vid.* B. Audit/L. D'Avout, *op. cit.*, pp. 717 y ss.; F. Mélin, *Droit international privé*, 9ª ed., Gualino, Issy-les-Moulinex, 2019, p. 13.

⁵⁵ Entre las últimas, STEDH 31 de agosto de 2023, asunto 47196/21, con cita de su doctrina [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-226391%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-226391%22]})

hay que tratar metodológicamente estos casos: si optamos por la vía del reconocimiento de la filiación establecida en ese tercer Estado, se trata de una cuestión nacional, que cada Estado miembro deberá afrontar con su Derecho internacional privado. Sin embargo, si metodológicamente lo afrontamos como una cuestión de ley aplicable, entra dentro del ámbito de aplicación espacial de la Propuesta y se plantean algunas incertidumbres en relación con el alcance del orden público.

En efecto, al ser casos importados directamente de un tercer país, son situaciones privadas estrictamente internacionales y no europeas. Pensemos en el típico ejemplo de una pareja homoparental formada por dos hombres franceses, que acuden a California para acceder a la maternidad subrogada. Según el art. 17 de la Propuesta se aplicaría la ley californiana a la determinación de la filiación; pero ¿podría Francia excepcionar la aplicación de esta ley por ser la maternidad subrogada contraria a su orden público o podría extenderse a estos casos el orden público europeo interpretado al hilo del art. 21 de la Carta pese a no ser un caso intracomunitario? En todo caso, no deja de ser desconcertante el doble rasero de la UE en relación con la maternidad subrogada, pues mientras el Parlamento Europeo condenó esta práctica por ser contraria a la dignidad de la mujer⁵⁶, la Propuesta recoge una solución de ley aplicable que, como hemos visto en el análisis del punto de conexión principal, parece particularmente pensada para dar cobertura a las filiaciones derivadas de la misma.

IV. CONCLUSIONES

El proyecto legislativo europeo en materia de filiación nació con un propósito confesado muy claro: dar cobertura y seguridad jurídica a las familias “arcoíris” en la UE. Dicho objetivo informa especialmente la normativa sobre ley aplicable de la Propuesta por encima de cualquier otro interés legítimo en la materia de filiación. Afrontar la uniformización de una norma de conflicto en materia de filiación no es una tarea fácil, a la luz del contexto de especial heterogeneidad tanto a nivel de Derecho material, como a nivel de Derecho internacional privado. La celeridad y el contexto político en el que se ha desarrollado la Propuesta explican algunas de las incógnitas que se han podido observar en la ejecución de este trabajo.

⁵⁶ Vid. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, de 17 de diciembre de 2015, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html

Pese a su estructura dividida en dos párrafos, el art. 17 de la Propuesta recoge una única norma de conflicto con conexiones en cascada, donde la particularidad se encuentra en que la conexión subsidiaria es múltiple y en una orientación material del *favor filiationis* limitada a un segundo progenitor. Es una regla con importantes ausencias porque es una regla parcial, en el sentido de que parece estar pensada para un grupo concreto de problemas respecto de un determinado colectivo: el establecimiento de la filiación en las familias homoparentales bien avenidas.

Se opta por un supuesto de hecho general, evitando los problemas que conllevaría una especialización de la norma de conflicto en función de los títulos de legitimación de la filiación, en el marco de la heterogeneidad del Derecho material de filiación de los veintisiete Estados miembros. No obstante, se identifican los siguientes problemas: en primer lugar, la norma de conflicto no atiende a la lógica de la impugnación de la filiación. En segundo lugar, los problemas de calificación se trasladan al propio ámbito material de la Propuesta, donde debería aclararse correctamente qué es una adopción internacional y donde se plantean inquietudes respecto de la inclusión de la filiación derivada de la maternidad subrogada. En tercer lugar, el principal punto de conexión escogido por la Propuesta, la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento, exige una especialización temporal, so pena de aplicarse una ley poco o nada vinculada a los casos de filiación planteados en un momento posterior al del nacimiento.

El funcionamiento interno de la norma de conflicto presenta ciertas carencias que sería necesario revisar de cara a un futuro instrumento. Las relaciones entre la conexión principal y la conexión múltiple subsidiaria no están del todo claras. El hecho de que en aplicación de la primera ley se deba haber establecido la filiación respecto del primer progenitor como presupuesto para acudir a la conexión subsidiaria es incoherente y va en contra del *favor filiationis*. Habría que aclarar en qué casos se puede pasar de la conexión principal a la subsidiaria, siendo recomendable una interpretación matizada frente a una interpretación automatizada. La conexión subsidiaria múltiple genera problemas de inseguridad jurídica en cuanto al régimen de filiación en los casos en los que al menos dos leyes establezcan la filiación respecto del segundo progenitor, pero con resultados diferentes. Una jerarquización de los puntos de conexión sería recomendable para asegurar el mismo resultado con independencia de la autoridad competente. Por último, la posibilidad de que la ley del foro sea sustituida por una ley extranjera plantea inquietudes técnicas y competenciales, en el sentido de que la norma de conflicto puede llegar a

tildarse de subterfugio para conseguir por esta vía una uniformización de Derecho material.

El punto de conexión principal utilizado por la norma de conflicto supone una novedad en nuestro entorno jurídico. Su razón de ser parece atender a la maternidad subrogada, puesto que es el punto de conexión idóneo para dar cobertura a las filiaciones derivadas de esta técnica. En cuanto a las conexiones alternativas subsidiarias, sería más correcto suprimir la posibilidad de aplicar la ley de la nacionalidad del primer progenitor, para evitar el riesgo de la aplicación de una ley poco vinculada.

Para finalizar, la incidencia del orden público es especialmente intensa en esta materia y la Propuesta incide en la imposibilidad de acudir a esta excepción para impedir la aplicación de una ley que determine una filiación homoparental; una muestra una vez más del especial interés en blindar la imposibilidad por parte de los Estados miembros de acudir a la excepción de orden público como vía de escape para frustrar los confesados objetivos de la Propuesta en relación con el colectivo LGTBI. En el trasfondo, un “tira y afloja” entre el orden público europeo y la identidad nacional de los Estados miembros que conduce al fracaso de este proyecto normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Adam Muñoz, M.D., “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54.
- Álvarez González, S., *Filiación hispano-suiza. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones concernientes a la emigración española*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1989.
- Id.*, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Euters, Madrid, 2020, pp. 91-109.
- Id.*, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de las parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/*Pancharevo*”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- Id.*, “La Propuesta sobre el Reglamento europeo de Filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, nº 3 (abril-junio), pp. 171-200.
- Audit, B./D’Avout, L., *Droit international privé*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulinex, 2018.
- Ballarino T./Ballarino E./Pretelli, I., *Diritto internazionale privato italiano*, 8ª ed., Cedam, Vicenza, 2016.
- Budzikiewicz, C./Duden, K./Dutta, A./Helms, T./Mayer, C., “The European Commission’s Parenthood Proposal. Comments of the Marburg Group”, *IPRax*, 2023, pp. 425-435.

- Carrascosa González, J., “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 157-182.
- Id.*, “Capítulo XIII. Filiación natural”, en A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (coord.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1853-1960.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Civitas, Navarra, 2022.
- González Beilfuss, C., “Libre circulación de personas y homoparentalidad; comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*”, *REEL*, vol. 43, 2022, pp. 8-13.
- González Campos, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 13-426.
- Jiménez Blanco, P., “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*, *La Ley Unión Europea*, nº 61, julio 2018.
- Mankowski, P., *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., tomo II, C.H. Beck, Hamburgo, 2019.
- Mayer, P./Heuzé, V./Remy, B., *Droit international privé*, 12ª ed., París, LGDJ, 2019.
- Milios, G., “The Recognition of parenting rights of same-sex couples established abroad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 60 (2023), pp. 87-112.
- Moura Vicente, D., *Direito Internacional Privado. Textos normativos fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Niboyet, M.-L./De Geouffre, G., *Droit international privé*, 6ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- Pérez Martín, L.A., “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 483-514.
- Rodríguez Pineau, E., “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, nº 6, 2023, pp. 148-180.
- Rusinova, N., “Bulgarian Supreme Court Judgment on *Pancharevo* – Correct answer to a wrong question”, *The EAPIL blog*, 11 mayo 2023, disponible en <https://eapil.org/2023/05/11/bulgarian-supreme-court-judgment-on-pancharevo-correct-answer-to-a-wrong-question/>
- The Marburg Group, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”, disponible en <https://www.marburg-group.de/>.

Recibido: 8 septiembre 2023
Aceptado: 13 septiembre 2023

Gestación subrogada y fecundación póstuma

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

SUMARIO: I. Presentación: una relectura de la gestación subrogada en casos de fecundación póstuma. II. La relación biológica póstuma en el marco de la gestación por sustitución: 1. *Primer momento: la disposición mortis causa de material reproductor vinculada a una gestación por sustitución*: A) La LTRHA como ley de policía aplicable a la disposición *mortis causa*. B) El descarte de las calificaciones sucesoria, paterno-filial y personal. C) Validez de la disposición *mortis causa*. 2. *Segundo momento: la celebración de un contrato de gestación por sustitución y la fecundación póstuma*: A) Imposibilidad en España. B) Viabilidad en el extranjero. 3. *Tercer momento: el nacimiento del hijo por maternidad subrogada y el establecimiento de la filiación biológica póstuma*: A) Vínculo biológico e intencional. B) Ausencia de vínculo intencional. III. La relación de las partes intencionales en la gestación por sustitución con fecundación póstuma: 1. *Un primer problema perentorio: la entrada en España del menor*. 2. *El no reconocimiento de la filiación por naturaleza de las partes intencionales*: A) El margen de actuación de los Estados en la gestación subrogada con fecundación póstuma. B) Concreción en la UE y en España. 2. *La adopción internacional de hijos póstumos como solución supletoria*: A) Lógica internacional. B) Problemas en la aplicación del Derecho material español. C) Técnicas de flexibilización del Derecho español. 3. *Medidas supletorias sin reconocimiento de filiación póstuma*: A) Perspectiva de los tribunales españoles. B) Perspectiva del Estado de origen. IV. Conclusiones.

RESUMEN: un reciente caso mediático en España ha puesto de manifiesto un nuevo contexto de la gestación por sustitución con dos variables novedosas: por un lado, se utiliza material reproductor de un familiar; por otro, dicho familiar ha fallecido. En este contexto, se analiza la validez de la disposición *mortis causa* de donación de material reproductor para estos casos, la celebración del contrato de gestación subrogada, y el eventual establecimiento del vínculo de filiación tanto con el padre biológico fallecido, como con las partes intencionales.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, FECUNDACIÓN PÓSTUMA, DONANTE DE MATERIAL REPRODUCTOR, PARTES INTENCIONALES.

Surrogacy and Posthumous Fertilization

* Catedrático de DIPr. Universidad de Oviedo. Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-1234520B-I00, "Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza" financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE), en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

AEDIPr, t. XXIII, 2023, pp. 195-229
ISSN 1578-3138
DOI: 10.19194/aedipr.23.07

ABSTRACT: a recent media case in Spain has revealed a new context of surrogacy with two new variables: on the one hand, reproductive material from a family member is used; on the other hand, that family member has died. In this context, the validity of the mortis causa provision of donation of reproductive material for these cases, the conclusion of the surrogacy contract, and the eventual establishment of the parenthood with the deceased biological father, as well as with the intentional parties, are analysed.

KEYWORDS: SURROGACY, POSTHUMOUS FERTILIZATION, DONOR OF REPRODUCTIVE MATERIA, INTENDED PARTIES.

I. PRESENTACIÓN: UNA RELECTURA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN CASOS DE FECUNDACIÓN PÓSTUMA

1. Un reciente caso en España en el que se recurre a la gestación por sustitución con material reproductor de un hijo fallecido ha generado un importante debate social¹. Más allá del impacto mediático, que no debe ser minusvalorado porque puede marcar una nueva tendencia, ha puesto de manifiesto un nuevo contexto de la gestación por sustitución con dos variables novedosas o menos tratadas: por un lado, se recurre a esta práctica con material reproductor de un familiar; por otro, dicho familiar está fallecido. Estas son las variables que se analizarán en el presente trabajo, sin pretender ahondar en la rica y abundante literatura sobre gestación por sustitución².

Aparte de las motivaciones personales que pueden llevar a esta práctica con material reproductor de un familiar fallecido, hay un factor jurídico que no puede desconocerse. Como se verá, la jurisprudencia del TEDH da un régimen diferenciado a la filiación por naturaleza respecto del padre varón intencional, que aporta el material reproductor, con lo que era cuestión de tiempo que la filiación *post mortem* y la aportación de material reproductor de un familiar aparecieran en la variable de la gestación por subrogación. Así las cosas, en el apartado II se analizará la relación biológica póstuma en el marco de la gestación por sustitución; en el apartado III, la situación de las partes intencionales.

¹ Vid. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado", <https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/> (última consulta: 15.7.2023).

² Vid. por todos, S. Álvarez González, "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en M. P. García Rubio (dir.), *Maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V. Santiago de Compostela. 21 y 22 de septiembre de 2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647 (versión consultada de academia.edu).

II. LA RELACIÓN BIOLÓGICA PÓSTUMA EN EL MARCO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. Primer momento: la disposición *mortis causa* de material reproductor vinculada a una gestación por sustitución

A) La LTRHA como ley de policía aplicable a la disposición *mortis causa*

2. La disposición *mortis causa* de material reproductor que se encuentre en territorio español debe ajustarse a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA)³, ya que se trata de una ley de policía del ordenamiento español, conforme al art. 8 Cc⁴. Por consiguiente, debe ser aplicada para todo material reproductor que se encuentre en territorio español, al margen de la ley aplicable a la disposición *mortis causa*⁵.

3. Lo expuesto se encuentra con un obstáculo más formal que real: la falta de fijación del ámbito de aplicación de la LTRHA. En efecto, las leyes de policía se caracterizan por “*exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación*”⁶ y la LTRHA no lo hace. Este defecto formal no debe impedir reconocer que se trata de una normativa que se aplica a toda práctica realizada en territorio español como consecuencia de una disposición *mortis causa*. Corrobora este planteamiento el régimen de infracciones y sanciones que contiene la Ley y que solo son aplicables si los hechos se producen en territorio español. Entre las infracciones graves, se encuentra el incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre

³ BOE 7.5.2006.

⁴ Cf. A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1–42, esp. pp. 16–18; J. M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589–604, esp. p. 595.

⁵ Aunque no hay una definición general en el sistema español de DIPr sobre el concepto de “ley de policía”, sí parece existir consenso en que se trata de disposiciones que el Estado considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos y la organización de la sociedad española. Precisamente, por esa consideración, España exige su aplicación cualquiera que fuera la ley aplicable a la disposición *mortis causa*. En este sentido, la definición del art. 9 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”, DO L 177 de 4.7.2008) es, por completa y precisa, especialmente útil más allá de su aplicación en el ámbito de los contratos.

⁶ Siguiendo con la definición del art. 9 del Reglamento “Roma I”.

países⁷. También lo avala el hecho de que las condiciones de las muestras de los donantes serán las previstas en la LTRHA, aun cuando procedan de otros países⁸.

B) El descarte de las calificaciones sucesoria, paterno-filial y personal

4. La consideración de la LRTHA como ley de policía es preferible a la aplicación de otras normas de DIPr. La disposición *mortis causa* de material reproductor no queda regida por el Reglamento europeo de sucesiones⁹. Es verdad que no hay exclusión expresa a cuestiones que entran dentro del ámbito de la integridad física, intimidad y los derechos personalísimos. También, que la inclusión en el Reglamento lograría una regulación uniforme a nivel de DIPr y no quedaría al criterio de las disposiciones nacionales, que diversifican y fragmentan las soluciones en el mercado interior. Por último, no es menos cierto que las disposiciones *post mortem* son previsiones *mortis causa* y una forma de organización de últimas voluntades que genera unos derechos de uso del material reproductor a las personas designadas.

Pero, a pesar de lo expuesto, dicha exclusión se deduce claramente del art. 1.2º.a) del Reglamento, cuando deja fuera de su ámbito de aplicación al estado civil de las personas físicas y a las relaciones familiares. También, de la definición de “sucesión” que no se refiere a las últimas voluntades de ámbitos distintos al patrimonial. El Reglamento europeo de sucesiones pretende regular la transmisión patrimonial, entendiendo por tal bienes, derechos y obligaciones, pero no aspectos que forman parte de esa integridad física¹⁰. A mi juicio, se trata de una exclusión acertada, en la medida en que el Reglamento está diseñado para la organización patrimonial de la sucesión¹¹.

⁷ Art. 26.b) LRTHA.

⁸ Art. 5.6 LRTHA.

⁹ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201, 27.7.2012.

¹⁰ Art. 3.1º.a). El considerando 9 ratifica este planteamiento cuando apunta que el Reglamento “debe abarcar todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte, es decir, cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte”.

¹¹ Aunque aquí se ha destacado la inaplicación del Reglamento europeo de sucesiones, puede verse cierto paralelismo con su art. 30, cuando señala que son leyes de policía, aplicables con independencia de la ley que rige la sucesión, las restricciones a la sucesión de categorías especiales de bienes previstas por la ley de situación de tales bienes.

5. Por otra parte, debe descartarse la aplicación de la ley nacional como cuestión del estatuto personal, que rige la capacidad y el estado civil, según el art. 9.1º Cc. Sin negar la relación del material reproductor de una persona con su estado civil, derechos personales e integridad física, los intereses públicos y el componente bioético que preside la LRTHA hacen preferible su exigencia en territorio español. El principio de territorialidad debe primar sobre el principio de personalidad, pues la ley nacional del disponente se aleja del sistema social donde se desarrollan estas prácticas.

6. Igualmente, debe descartarse la aplicación de la norma de conflicto sobre filiación, recogida en el art. 9.4º Cc. La disposición *mortis causa* del material reproductor es una cuestión previa a la filiación. Baste comprobar que los puntos de conexión están relacionados con el hijo, expresión referida al ya nacido o al concebido pero no nacido, pero que resulta muy difícilmente extensible al *concepturus*, el ni siquiera concebido. Así, la ley de residencia habitual del hijo, que, en el momento de la disposición, es un mero *concepturus*, no parece determinable. También sería problemática la determinación de la ley de la nacionalidad del *concepturus*, la ley que hipotéticamente adquiriría si llega a ser concebido y si llega a nacer.

Otros argumentos avalan el descarte de esta calificación conflictual. El art. 9.4º Cc, a través de la articulación de puntos de conexión en cascada, tiene por fin favorecer la filiación del hijo. Y este interés prioritario en modo alguno está presente cuando simplemente se trata de un *concepturus*. En este mismo sentido, la Propuesta de la Comisión de la UE sobre un Reglamento europeo de filiación¹² tampoco parece ocuparse de esta cuestión. Aunque no se pronuncia expresamente, sí recuerda que las cuestiones sucesorias quedan excluidas¹³. Además, define al “hijo” como toda persona de cualquier edad cuya filiación se pretende establecer, reconocer o probar¹⁴. Se puede observar que no hay ninguna mención al *concepturus*.

7. Por último, debe descartarse la aplicación de la norma de conflicto sobre bienes, prevista en el art. 10.1º Cc, en función de la ley de situación del material reproductor. Aunque el principio de territorialidad lleve a un resultado muy similar que la *lex rei sitae*, la fundamentación no se debe hacer por la calificación del material reproductor como “bien”, porque lo relevante no es su carácter patrimonial sino personal.

¹² Bruselas 7.12.2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402 (NLE).

¹³ Art. 3.2º.g).

¹⁴ Art. 4.

C) Validez de la disposición *mortis causa*

8. La consideración de la LTRHA como ley de policía que representa un interés general y el principio de territorialidad que ha de jugar en esta materia exige que la disposición *mortis causa* sobre material reproductor respete los requisitos de capacidad, consentimiento, fondo y forma previstos por dicha Ley.

En este sentido, la capacidad exigida por la LTRHA debe darse al margen del elemento extranjero que concurra en el donante. No parece aplicable la ley nacional del disponente, según el art. 9.1º Cc. Ello es palpable en aquellos casos en los que el donante no tuviera capacidad conforme a la ley española, pero sí conforme a su ley nacional. El interés público de la ley de policía desplaza a lo dispuesto por el Derecho extranjero. Más delicado puede ser en el caso contrario, en el que la ley nacional no considera capaz al donante, pero sí lo hace la ley española. Aun así, no parece existir razón para impedir la disposición *mortis causa*. La LTRHA preserva un interés público y no es necesario elevar los estándares de capacidad por una ley nacional, que no presenta ningún interés en el territorio español en esta materia.

Lo expuesto es extensible al consentimiento, que debe ajustarse a lo previsto por la LTRHA. Una ley extranjera no debe ni reducir ni elevar las exigencias de la Ley, básicamente que el consentimiento sea expreso, no tácito, y que no adolezca de ninguno de los vicios previstos por el Código Civil.

9. En cuanto al fondo, en la medida en que la disposición se refiera al material reproductor que se encuentre en territorio español, debe ajustarse a las prescripciones de la LTRHA, en su condición de ley de policía. De hecho, la Ley 41/2002 de autonomía del paciente¹⁵, en la que se regula una de las formas en las que se puede hacer la disposición *mortis causa*, como se verá más adelante, claramente señala que no serán aplicadas las voluntades “contrarias al ordenamiento jurídico” o a la *lex artis*¹⁶. La territorialidad de estas disposiciones se ve corroborada, en la misma Ley, cuando se refiere al objetivo de “asegurar la eficacia en todo territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes”¹⁷.

Esto tiene especial relevancia en el ámbito de la gestación subrogada, porque de ninguna forma la disposición *mortis causa* de material reproductor ubicado en territorio español puede entenderse referida a una

¹⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE 15.11.2002.

¹⁶ Art. 11.3º.

¹⁷ Art. 11.5º.

futura gestación por sustitución. Precisamente por ello, la LTRHA exige que la disposición *mortis causa* sea entre parejas heterosexuales y de forma unidireccional: del marido –u hombre en una pareja de hecho– para “fecundar a su mujer”, la madre gestante¹⁸. Es verdad que una mujer también puede donar su material reproductor a su esposa, pero esa donación siempre será con el fin de reconocer la filiación de la madre gestante¹⁹. La LTRHA no contempla otros supuestos: que una mujer haga una disposición *mortis causa* de su material, ubicado en un centro en España, al marido, porque esto presupondría el recurso a la gestación por sustitución. Tampoco, que un varón haga la disposición a favor de su pareja varón, porque de nuevo supondría recurrir veladamente a la gestación por sustitución, con el material reproductor que se encuentra en un centro de reproducción asistida en territorio español.

10. En esta misma línea, la forma de la disposición *mortis causa* es la exigida por la LTRHA. Es la ley que rige el fondo y, por tanto, fija las solemnidades que debe tener la disposición²⁰. En particular, será admisible el documento del art. 6.3º de la LTRHA, un documento de instrucciones previas, un testamento o escritura pública.

En efecto, en el ámbito de los documentos privados, la LTRHA permite la disposición en el “documento a que se hace referencia en el art. 6.3º”. Se trata de una remisión no muy correcta porque en dicho artículo se hace alusión a cómo debe ser el consentimiento del marido –expresión libre, consciente y formal– cuando la mujer pretende ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción asistida, pero, en realidad, no hace alusión al soporte documental. En cualquiera de los casos, la LTRHA se está refiriendo a un documento escrito en el que la mujer expresa su deseo de ser usuaria o receptora y donde se incorporaría la disposición *mortis causa*, en un formato adecuado bajo el principio de “diseño para todos”, accesible y comprensible para personas con discapacidad²¹. No parece oportuno que este documento sea emitido en el extranjero, pues será gestionado por el centro autorizado de reproducción asistida que opera en España y se requiere una emisión entre presentes, para valorar la idoneidad del consentimiento.

En segundo lugar, la LTRHA se refiere a un posible documento de instrucciones previas, que hace las veces de testamento vital, y que siempre

¹⁸ Art. 9, aps. 2 y 3.

¹⁹ A lo sumo, habrá una filiación doble, tanto de la madre donante como de la madre gestante. Vid. art. 7.3º LTRHA, que permite que, cuando la mujer gestante esté casada, y no separada legalmente o de hecho, su mujer podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

²⁰ Art. 11.2º LTRHA.

²¹ Art. 6.4º LTRHA.

debe constar por escrito²². En este documento, que tiene una naturaleza privada aunque intervenga y se custodie por una autoridad administrativa de conformidad con la normativa autonómica de desarrollo, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad para aquellas situaciones de cuidados y tratamiento de su salud, en las ya no sea capaz de expresarla personalmente, o para fijar el destino de su cuerpo, órganos y, por extensión, que es la que interesa a estos efectos, del material reproductor²³. La normativa autonómica puede exigir algún requisito añadido de formalización²⁴. Cabe entender que se reconocerían documentos de instrucciones previas emitidos en el extranjero, en tanto en cuando cumplan con garantías equivalentes a las del ordenamiento español.

En tercer lugar, la disposición se puede contener en un testamento. La cuestión es cómo determinar la validez formal del testamento en el ámbito internacional. Esto conduce a la aplicación por autoridades españolas del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias²⁵, con preferencia a las normas del Reglamento europeo de sucesiones²⁶. De hecho, debe tenerse en cuenta que este Convenio no excluye de su ámbito de aplicación a ningún testamento en función de que las disposiciones no tengan contenido patrimonial o sucesorio²⁷.

Así pues, la disposición testamentaria será formalmente válida si se ajusta a la ley interna del lugar en el que se otorga el testamento, a la ley de la nacionalidad del testador, o a la ley del domicilio o de la residencia habitual de dicho testador²⁸. Estas mismas leyes regirán las limitaciones de algunas de las formas de otorgar testamento por razón de circunstancias personales, principalmente la edad²⁹.

La última de estas posibles solemnidades es la escritura pública, la cual podrá hacerse por autoridad española conforme a la ley española –ley que rige el fondo–, pero también por la autoridad de la nacionalidad del

²² Art. 11.2º de la citada Ley 41/2002, sobre autonomía del paciente.

²³ Art. 11.1º LTRHA.

²⁴ Art. 11.5º LTRHA.

²⁵ BOE 17.8.1988.

²⁶ Art. 75.1º del citado Reglamento.

²⁷ España no ha hecho uso de la reserva del art. 12, según la cual cada Estado contratante podía reservarse el derecho de excluir la aplicación del presente Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su derecho, no tuvieran carácter sucesorio. Esta reserva sí ha sido hecha por Albania, Armenia, Austria, Polonia, Sudáfrica, Turquía y Ucrania.

²⁸ Art. 1.

²⁹ Art. 5.

disponente o por la autoridad del Estado en el que se otorgue la escritura, en ambos casos conforme a su propia ley³⁰.

2. *Segundo momento: la celebración de un contrato de gestación por sustitución y la fecundación póstuma*

A) Imposibilidad en España

11. Así las cosas, la fecundación póstuma en territorio español deberá registrarse por la LTRHA, que establece requisitos de fondo, temporales y formales³¹. En cuanto al fondo, en modo alguno la fecundación *post mortem* puede vincularse a contratos de gestación por sustitución. Estos son nulos de pleno derecho y la variable *post mortem* en nada altera lo expuesto³². Como ya se ha adelantado, la fecundación *post mortem* solo se prevé para el marido o para el varón no unido por vínculo matrimonial respecto de su esposa o pareja de hecho mujer. Esta, por tanto, dirigida a una posterior determinación de la filiación biológica tanto por el padre (donante) como por la madre gestante.

El requisito temporal es que el material debe ser utilizado en los doce meses siguientes al fallecimiento del varón; exigencia que tiene por fin que la última voluntad del donante se haga efectiva en un marco temporal determinado y con una mínima seguridad jurídica.

B) Viabilidad en el extranjero

12. La viabilidad en el extranjero de la celebración de un contrato de gestación por subrogación y de la utilización de material reproductor *post mortem* es algo que queda al arbitrio del sistema jurídico donde se realiza la práctica y donde se encuentra el material reproductor, ya sea en aplicación de sus normas de DIPr o de su Derecho material, si prima, como aquí se sostiene, el principio de territorialidad. A ese ordenamiento le corresponde determinar si una disposición *mortis causa* puede ser sustitutiva del

³⁰ Art. 11.1º Cc. Toda referencia a las autoridades del lugar de otorgamiento lo es en la práctica a los notarios de ese Estado; toda referencia a las autoridades distintas del lugar de otorgamiento lo es a las autoridades consulares con funciones notariales. Para que el documento público extranjero sea reconocido en cuanto a la forma por las autoridades españolas, debe cumplir una función equivalente al documento público español y la calificación debe referirse no solo a la identidad, sino también a la capacidad y a la libertad del consentimiento.

³¹ Art. 9.2º.

³² Art. 10.

consentimiento en el contrato de gestación³³. Se trata de casos en los que el disponente ha fallecido antes de celebrar el contrato, pero su intención no solo era la de ser el donante del material reproductor, sino también la de figurar como padre de intención.

En este momento, en nada afecta al ordenamiento español, salvo que el material se halle en territorio español y se solicite su traslado al extranjero. Este traslado se rige por el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio³⁴, que se aplica a las células reproductoras en todo lo no previsto por la LTRHA³⁵.

La exportación debe ser autorizada por el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Organización Nacional de Trasplantes³⁶, y se realizará a través de puntos fronterizos habilitados³⁷. Pero no es viable conceder esa autorización para desarrollar una fecundación y gestación por sustitución, pues no existe razón médica que justifique la exportación³⁸. Además, es un dato que no se puede obviar en la solicitud de traslado³⁹. A mayor abundamiento, recientemente el TEDH ha señalado que la prohibición de

³³ Vid. a modo de ejemplo, la Sección 742.17 de los *Florida Statutes* (<https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2014/Chapter742>, última consulta 31.8.2023), que se refiere a la posibilidad de utilizar material reproductor póstumo también en los casos de gestación subrogada, si hay un acuerdo por escrito.

³⁴ Por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, BOE 5.7.2014. Este Real Decreto-ley vino a dar respuesta a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:2253), que declaró nulo, por insuficiencia de rango, el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre.

³⁵ Art. 1.4º.

³⁶ Las solicitudes de importación y exportación de células y tejidos se presentarán en la Organización Nacional de Trasplantes, con el conocimiento previo de la unidad de coordinación de trasplantes de la comunidad autónoma que corresponda. La Organización Nacional de Trasplantes dará traslado de las solicitudes a la Subdirección General del Ministerio con competencias en la materia, acompañado de un informe.

³⁷ Vid. Anexo I Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas (BOE 7.2. 2006): Barcelona, Bilbao, La Farga de Moles, Madrid, Málaga, Palma de Mallorca, Sevilla, Valencia, Vitoria y Santa Cruz de Tenerife.

³⁸ Art. 23.3 del citado Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio.

³⁹ No en vano, deben especificarse las instituciones de origen y destino conforme al art. 23.5º Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio. Debe acompañarse, además, un certificado que deberá contener la siguiente información según el art. 23.6: a) un informe donde conste la suficiente disponibilidad nacional de los tejidos y/o células que se pretenden exportar; b) la documentación que acredite la no disponibilidad del método de procesamiento a utilizar cuando este sea el motivo de la salida de los tejidos y/o las células; c) una memoria técnica donde figuren las razones médicas que justifiquen la salida de los tejidos y/o células cuando éste sea el motivo; y d) la documentación que acredite que se garantiza la protección de los datos.

exportación de material reproductor en modo alguno contraviene el derecho humano a la vida privada y familiar⁴⁰.

3. Tercer momento: el nacimiento del hijo por gestación subrogada y el establecimiento de la filiación biológica póstuma

A) Vínculo biológico e intencional

13. El establecimiento de la filiación por naturaleza en el marco de la gestación por sustitución variará notablemente en función de si el donante de material reproductor también es parte intencional en el contrato⁴¹. Como ya se ha indicado, en el Estado de origen, la resolución judicial establecerá la filiación de los padres comitentes y la posibilidad de que uno de ellos sea un progenitor donante *post mortem* y cómo puede entenderse que consiente en el contrato de gestación, si falleció con anterioridad a celebrarse este.

14. Cuestión distinta es su reconocimiento en el ordenamiento español, por ser uno de los padres comitentes español. Si la donante *post mortem* es una mujer, aunque la sentencia extranjera reconozca su maternidad intencional, esta no será reconocida en España por no haber sido la madre gestante. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habría una vulneración del orden público español, como se verá en el siguiente apartado⁴². No parece que el respeto a la vida privada establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos exija garantizar un reconocimiento de la filiación biológica con la madre donante, pero no gestante⁴³.

15. Si el donante *post mortem* de material reproductor es hombre, la filiación establecida a su favor en la sentencia extranjera de gestación

⁴⁰ STEDH 14 septiembre 2023, *Baret and Caballero v. France*, 22296/20 y 37138/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0914JUD002229620.

⁴¹ Vid. A. J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, pp. 169 y ss.

⁴² Vid. *infra* apartado III; baste aquí adelantar los principales pronunciamientos de la Sala de lo Civil del TS: STS 6 febrero 2014, ECLI:ES:TS:2014:247; ATS de 2 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:335A; y STS 31 marzo 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153.

⁴³ Vid. G. Lazcoz Moratinos y A. Gutiérrez-Solana Journoud, "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673-692; H. Aguilar Grieder, "Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares", *ibid.*, pp. 32-44, esp. pp. 42-43; S. Bollée y B. Haftel, "L'art d'être inconstant – Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 267-283, esp. pp. 272-273.

por sustitución será reconocida en España⁴⁴. Además, la nacionalidad española se transmitirá si el padre la ostentaba cuando falleció⁴⁵. Como se observa, desde la perspectiva del Estado de reconocimiento, poco importa que el padre intencional y biológico haya fallecido. No hay vulneración alguna de orden público en esta práctica, sino, al contrario, el reconocimiento de la filiación biológica paterna⁴⁶. Que esta se haya acompañado de una gestación por sustitución en nada afecta a esa filiación⁴⁷. Queda la duda de si el material biológico fue utilizado de una forma contraria a lo establecido en la ley española, por ejemplo, con un traslado fraudulento del material reproductor al extranjero. No parece que esto pueda derivar en una falta de reconocimiento de la sentencia, si verdaderamente se acredita la intención del padre biológico e intencional. Las sanciones en la LTRHA son puramente administrativas y no deben extenderse al no reconocimiento de una filiación en el ámbito civil.

Sea como fuere, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 exige, para el reconocimiento de esta filiación, una prueba biológica que no

⁴⁴ STEDH 26.6.2014, *Mennesson c. France*, 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006 519211, corroborada recientemente por STEDH 31 agosto 2023, *C. c. Italie*, 47196/21, ECLI:CE :ECHR:2023:0831JUD004719621. En la doctrina, *Vid.* entre otros, J. M. Espinar Vicente, *loc. cit.*, p. 604.

⁴⁵ Sobre la problemática de la nacionalidad en el marco de la gestación subrogada, *vid.* V. Boillet y H. Akiyama, "Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 27, 2017, pp. 513–534; y, desde la perspectiva española, P. Jiménez Blanco, "Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero", en I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos (Derechos de los menores y maternidad por sustitución)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301–328, esp. pp. 310–313.

⁴⁶ Puede haber algún supuesto excepcional en el que no se reconozca esta paternidad biológica. *Vid.* STEDH de 7.4.2022, *A.L. c. France*, 13344/20, ECLI:CE:ECHR:2022: 0407JU D001334420. En este caso se entiende que no se vulnera el respeto a su vida privada porque, pese a ser el padre biológico, existía una estructura familiar alternativa que debía primar (la madre gestante había dado el menor a unos padres comitentes distintos a los contratantes). Téngase en cuenta, además, la Decisión del TEDH de 16 noviembre 2021, *S.-H. c. Pologne*, 56846/15 y 56849/15, que no admite el asunto en el que la falta del reconocimiento de la paternidad biológica del padre comitente conlleva la no atribución de su nacionalidad. Asimismo, la Decisión del TEDH, de 31 mayo 2022, *H. c. Royaume-Uni*, 32185/20, ECLI:CE: ECHR:2022:0531DEC00321 8520, no admite el caso y consideran suficientes medidas de respeto a la vida privada el establecimiento de responsabilidad parental de los padres comitentes, pese a que uno de ellos era el padre biológico. En este caso, se hizo primar la presunción legal a favor del marido de la madre gestante.

⁴⁷ Art. 10.3º. LTRHA. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

procede hacer en el procedimiento consular, sino tras regresar a España e instar un expediente de inscripción con intervención del Ministerio Fiscal⁴⁸.

B) Ausencia de vínculo intencional

16. El otro escenario posible es aquel en el que el donante de material reproductor no dejó como última voluntad el establecimiento de la filiación, ni, por tanto, pretende figurar como padre intencional. Se trata del reconocimiento de una gestación subrogada en el sentido estricto del término, a favor de los padres comitentes que aparecen en la resolución judicial, sin que ninguno de ellos aporte material biológico. Habrá que estar, por tanto, a las normas generales sobre reconocimiento de la gestación por sustitución, en los términos del siguiente epígrafe.

Se trata, no obstante, de un planteamiento que conlleva un riesgo, que podríamos denominar “*Paradiso-Campanelli*”⁴⁹. Si no hay ningún vínculo biológico, el menor es de corta edad y la integración con las partes intencionales ha sido breve, las autoridades podrían declarar la situación de desamparo sin que ello vulnere el respeto a la vida familiar. De consumarse ese riesgo, como estrategia subsidiaria, las partes intencionales podrían tratar de obtener el reconocimiento de filiación por naturaleza respecto del donante fallecido, a través de una acción judicial⁵⁰. Con ello se asegurarían

⁴⁸ Sobre el amplio margen de actuación que tenía el encargado del registro civil consular antes de esta Instrucción, *vid.* L. Pertusa Rodríguez, “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, pp. 597–614.

⁴⁹ STEDH de 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italy*, 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

⁵⁰ La propia Instrucción de la DGRN 18 febrero 2019 prevé la posibilidad de acciones judiciales de reclamación de la filiación. En este contexto, aparece un problema de legitimación para presentar la demanda de filiación respecto de una persona fallecida. Será la ley aplicable al fondo conforme el art. 9.4º Cc, la que determine la legitimación: ley de la residencia habitual del hijo; en su defecto, ley de su nacionalidad; y, en su defecto, la ley española. En el caso concreto, se plantea un problema de determinación del punto de conexión respecto de los recién nacidos. Mejor que acudir directamente a la ley española como solución de cierre, parece necesario tratar de identificar una residencia habitual y una nacionalidad. Residencia habitual sería aquella previsible, donde en el futuro se va a establecer el centro de intereses personal y familiar del hijo. Sobre esta problemática, *vid.* L. A. Pérez Martín, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469–494. Nacionalidad sería, además de la que ya podría ostentar en el Estado de origen, la nacionalidad hipotética que se adquiriría en caso de reconocerse la filiación. Además del problema de legitimación, el tribunal debe ser competente conforme al art. 22. quáter de la LOPJ. Los tribunales españoles lo serán si el hijo va a tener “residencia habitual previsible” en España o adquiriría la nacionalidad española si prosperara la acción y fuera el demandante. Si, como demandante figura una persona distinta al hijo, deberá ser español o residente en España “o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”. La confusa

un vínculo real de parentesco, si el donante era familiar de las partes intencionales.

III. LA RELACIÓN DE LAS PARTES INTENCIONALES EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON FECUNDACIÓN PÓSTUMA

1. Un primer problema perentorio: la entrada en España del menor

17. La relación de las partes comitentes con el menor responde a una problemática común de toda gestación subrogada, con alguna singularidad añadida por las variables aquí tratadas: la fecundación póstuma y el vínculo de parentesco entre los comitentes y el menor.

El primer problema que se plantea respecto del menor es común a todos los casos de maternidad subrogada y responde a su entrada en España. La singularidad en casos de fecundación póstuma es que la entrada se produce con partes intencionales que en ningún caso son padres biológicos. Sea como fuere, cabe destacar tres cuestiones: la primera actuación ante el Consulado; la situación civil con las partes intencionales mientras no haya inscripción; y el régimen de extranjería aplicable.

Por lo que respecta a la primera actuación ante el Consulado, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 ha señalado que debe suspenderse la inscripción de la filiación, cuyo expediente solo procede tras la entrada en España. No obstante, a efectos registrales, hubiera sido muy positiva una interpretación más flexible que garantizara la apertura del registro individual del menor por parte de la autoridad consular⁵¹. Se ha olvidado que debe ser objeto de anotación registral la sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, “en tanto no se obtenga el executur o el reconocimiento incidental en España”⁵². Por tanto, habría un potencial español en caso de reconocerse dicha resolución. Repárese en que el registro individual no tiene que abrirse necesariamente con el nacimiento,

redacción no parece aplicable al caso en el que el demandante sea el hijo que se refiere “al tiempo de interposición de la demanda”.

⁵¹ La principal mención de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) a los menores no inscritos no resulta aplicable a este caso, ya que está pensada para situaciones de abandono. Así, hay un mandato a las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores para promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir (art. 48.1º). Por otro, el Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos (art. 48.2º).

⁵² Art. 40.3.5º LRC.

sino con el “primer asiento” que se practique⁵³, y la anotación es una clase de asiento⁵⁴, que puede practicar perfectamente el cónsul.

18. Si en el Consulado no se va a practicar ningún tipo de inscripción, la segunda cuestión relevante es qué relación tienen en ese momento los padres intencionales con el menor⁵⁵. Desde la perspectiva de las autoridades españolas, los padres intencionales tendrán la responsabilidad parental mientras estén en territorio extranjero, como ley de la actual residencia habitual del menor, conforme al Convenio de La Haya de 1996⁵⁶. Cuando entren en España con el ánimo de fijar su residencia habitual en territorio español, tendrán la consideración de guardadores de hecho mientras se abre el expediente de inscripción y a expensas de su resultado⁵⁷. Y tendrán esa consideración conforme a la ley española, ley de la nueva residencia del menor, también de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996.

19. La tercera cuestión es el régimen de extranjería a estos efectos. Al no practicarse la inscripción en el Registro Consular, el menor no es español ni tiene pasaporte español⁵⁸. La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 señala que la documentación será otorgada por el país de origen. Una presunción de la autoridad española que no puede garantizar que se cumpla, aunque también es cierto que, el Estado de nacimiento, si de verdad es garantista con el menor, debería proveer dicha documentación. A partir de ahí, no hay una base legal clara para que ese menor, todavía extranjero, entre en territorio español con un guardador de hecho español. Podría

⁵³ Art. 5.2º LRC.

⁵⁴ Art. 38 LRC. Justo a continuación se podría hacer una segunda anotación: las actuaciones tutelares, otras figuras tuitivas, el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho, cf. art. 40.3.8º y 9º LRC.

⁵⁵ Vid. A. V. M. Struycken, “Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?”, en K. Boele-Woelki y otros (eds.), *Convergence and divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357–372, esp. pp. 366–367, sobre el riesgo de desamparo del menor, por las discrepancias entre el Estado de origen y el de destino.

⁵⁶ Art. 16 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE 2.12.2010.

⁵⁷ Vid. arts. 237 ss Cc. La guardia de hecho da a la autoridad judicial la posibilidad de requerir información y establecer medidas de control y vigilancia; también puede derivar en la atribución judicial de facultades tutelares y en un posible acogimiento. En la doctrina, vid. P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución” en *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465–516, § 29 (versión consultada de academia.edu), quien ya tempranamente advirtió la necesidad de reconocer cierta relación de custodia con las partes comitentes mientras se regularizaba su situación en España.

⁵⁸ Vid. P. Jiménez Blanco, “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEL*, vol. 37, 2019, pp. 23–30, esp. pp. 28–30.

aplicarse por analogía la Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 31 de mayo de 2005, diseñada para la venida a España de menores extranjeros adoptados o con resolución de tutela con fines de adopción, respecto de menores con pasaporte de su país de origen por no haber sido inscrito en el Registro Civil Consular⁵⁹. Hay claras similitudes entre el supuesto regulado en esa Instrucción y la entrada de menores en el marco de la gestación subrogada, dado que existe una resolución de filiación en el Estado de origen que faculta la salida de su territorio.

2. El no reconocimiento de la filiación por naturaleza de las partes intencionales

A) El margen de actuación de los Estados en la gestación subrogada con fecundación póstuma

20. De una lectura conjunta de la jurisprudencia del TS y del TEDH cabe concluir que hay un margen de actuación de los Estados amplio en el caso de que, entre los padres comitentes y menor no haya ningún vínculo biológico. En todo caso, debe garantizarse el derecho a la vida familiar con los padres intencionales salvo que, por la corta edad de menor y por la brevedad del tiempo que haya pasado con los padres comitentes, no haya un daño irreparable por el no reconocimiento de ninguna medida⁶⁰. Este margen es muy reducido cuando hay un vínculo biológico con el padre fallecido que, además, es padre de intención. En estos casos, como ya se ha señalado, procede el reconocimiento de una filiación por naturaleza a favor de este.

Lamentablemente, el TEDH todavía no se ha pronunciado sobre el margen de actuación de los Estados en este tipo de casos en los que no hay un vínculo biológico directo entre los padres intencionales y el menor, pero sí de este con un familiar donante fallecido. No parece obligado reconocer un vínculo de filiación con los padres intencionales, pero sí establecer alguna medida que permita que el menor, como respeto a su vida privada, pueda tener alguna relación con las partes comitentes, en tanto que son miembros de su familia biológica. Ello obligaría, como ya se ha señalado, a un previo reconocimiento de la filiación biológica respecto del padre

⁵⁹ Vid. P. Jiménez Blanco, "La "crisis" de la gestación...", *loc. cit.*, p. 29, nota 47, sobre las dificultades de este planteamiento. No parece aplicable el Real Decreto 116/2013 de 15 de febrero, sobre expedición de pasaporte provisional y salvoconductos (BOE 23.2.2013), por centrarse en ciudadanos españoles o extranjeros solicitantes de protección internacional. Vid. la STSJ Madrid 13 marzo 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:1247.

⁶⁰ Vid. la ya citada STEDH 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italy*.

donante, para, a partir de ahí, reconocer el parentesco de las partes intencionales.

B) Concreción en la UE y en España

21. La jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca que la filiación subrogada de padres intencionales que no son biológicos y que residen en España vulnera el orden público español⁶¹; y este planteamiento es compatible con la jurisprudencia del TEDH, circunscrita a casos en los que el padre biológico es padre intencional⁶². El TS ha dejado a salvo una eventual atenuación del orden público por razones espaciales, respeto de padres intencionales españoles que residen en Estados donde esta práctica está admitida⁶³.

Pese a la rotundidad con la que se ha pronunciado el TS sobre la vulneración del orden público, los recientes casos han reabierto o visibilizado la aplicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral

⁶¹ Vid. principalmente, los ya citados STS 6 de febrero de 2014; ATS 2 de febrero de 2015; y STS 31 de marzo de 2022. En la doctrina, vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, "Hijos made in California", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; L. Álvarez de Toledo Quintana, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 5-49. Vid. otra visión en M. Atienza Rodríguez, "De nuevo sobre las madres de alquiler", *Notario del Siglo XXI*, nº. 27, 2009, pp. 52-56 [disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>]; A. Moreno Sánchez-Moraleda, "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", *Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014, pp. 189-215, esp. pp. 209-211.

⁶² Vid. A. Durán Ayago, "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución", *Bitácora Millenium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 1-16. Vid. también, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, 2015, pp. 45-113, en relación con las distintas formas de interpretar el orden público en la jurisprudencia del TEDH y del TS. En el ámbito comparado, vid. C. Mayer, "Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen" *RabelsZ*, nº 3, vol. 78, 2014, pp. 551-591, esp. pp. 572 ss; B. Lurger, "Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot", *IPRax*, nº 3, vol. 33, 2013, pp. 282-288; y H. Fulchiron, y C. Guilarte Martín-Calero, "L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, pp. 531-558, estos últimos refiriéndose al equilibrio de la jurisprudencia española frente al desequilibrio de la práctica francesa.

⁶³ Vid. P. Jiménez Blanco, "Efectos en España de la gestación...", *loc. cit.*, pp. 313-317.

de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶⁴, tras remisión de la Instrucción de 18 de febrero de 2019⁶⁵. La Instrucción de 2010 trató de resolver con valentía el grave problema que se estaba planteando en los registros consulares cuando no había desarrollo normativo y jurisprudencial, y lo hizo con un posicionamiento favorable al reconocimiento de la filiación por sustitución, siempre que se garantizaran los derechos de la madre gestante y el interés superior del niño⁶⁶. Más allá de esos controles, no había un control del orden público ni de la idoneidad de las partes intencionales⁶⁷.

22. Sin embargo, la vigencia y aplicación de la Instrucción de 2010, como todavía sostiene el centro directivo a día de hoy⁶⁸, resulta sumamente dudosa trece años después⁶⁹. Por mucho que formalmente no ha sido derogada, materialmente una serie de acontecimientos la vacían de contenido. Se trata de una Instrucción dictada anterior a todo pronunciamiento del TEDH y, por tanto, ajena a su planteamiento esencial,

⁶⁴ BOE 7.10.2010.

⁶⁵ En particular esta Instrucción apunta que las solicitudes de inscripción “no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”.

⁶⁶ Vid. sobre el papel forzado de la DGRN, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, pp. 247–262; A. Durán Ayago, “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 575–582, pp. 578 y ss. Ciertamente, la Instrucción exigía una resolución judicial, como garantía de los intereses del menor y de los derechos de la madre gestante, si bien obviaba cualquier referencia al control de idoneidad de los padres comitentes. Al tiempo, distinguía entre resolución judicial en un procedimiento contencioso, sometida a las reglas generales de reconocimiento, y resolución judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al que dotaba de un reconocimiento incidental con unas condiciones específicas. Para un balance de su aplicación, vid. I. Heredia Cervantes, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687–715; S. Álvarez González, “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, en Cristina Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61–74 (versión consultada de academia.edu); A. Álvarez Rodríguez y D. Carrizo Aguado, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española la luz de la STS 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, nº. 2, 2014, pp. 59–75.

⁶⁷ Vid. M. Presno Linera y P. Jiménez Blanco, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9–44, esp. pp. 24–26.

⁶⁸ Vid. https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-7f7a2c82e98e (consultada el 30 de junio de 2023).

⁶⁹ Vid. S. Vilar González, “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 815–823.

construido en torno al padre biológico que también es intencional. Además, la interpretación del orden público y la necesidad de controlarlo han sido hecha por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en tres pronunciamientos posteriores, que desplazan ese posicionamiento favorable de la Dirección General⁷⁰. Pero quizá el dato más importante es que esta Instrucción fue dictada sobre la base de una normativa hoy ya derogada en su totalidad y sustituida por una nueva Ley de Registro Civil⁷¹, una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria⁷² y una nueva la Ley de cooperación jurídica internacional⁷³. En todas estas normas se prevé un control del orden público⁷⁴. A mi juicio, lo que procede en el presente momento es que la Dirección General correspondiente dicte una instrucción de mera recapitulación de jurisprudencia del TEDH y de la concreta aplicación al caso de la LRC, a través de la cual derogue ya formalmente la Instrucción de 2010, que carece de rango normativo para apartarse de la jurisprudencia y normativa existente.

23. También cabe plantearse cómo incidiría un futuro Reglamento europeo sobre filiación⁷⁵. *Prima facie*, no habría grandes cambios a lo ya

⁷⁰ Vid. los ya citados STS 6 de febrero de 2014; ATS 2 de febrero de 2015; y STS 31 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153. Esta última Sentencia, la más reciente, reitera que sí debe controlarse el orden público español y que en el caso debe considerarse una manifiesta vulneración del mismo. Se trataba de una maternidad subrogada en México, con material genético masculino desconocido, y en el que el abuelo pretende que la parte comitente, madre legal en México y de nacionalidad mexicana, sea la madre biológica en España por posesión de estado (no por reconocimiento de la resolución extranjera). Para una valoración de esta Sentencia, *vid.* S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS 31 de marzo de 2022”, *La Ley*, nº 10069, 16.5.2022 (paginación electrónica).

⁷¹ Ya citada. En una comparativa entre los controles de la Instrucción y de la LRC respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, se observan puntos en común en los aspectos menos problemáticos: la regularidad y la autenticidad de los documentos; la competencia del juez de origen basada en criterios equivalentes a los de la legislación española; la garantía de los derechos procesales; o la exigencia de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria sean firmes o definitivas. Pero el único verdadero punto divergente entre Instrucción y LRC es el fundamental en la materia: el control de la vulneración del orden público. La LRC claramente exige que la resolución no vulnere “manifiestamente” el orden público español, mientras que la Instrucción no mencionaba como tal el control del orden público español. O, mejor dicho, aparecía reducido al control de la vulneración de los derechos procesales de las “partes”, del interés superior del menor, y de los derechos y garantías de la madre gestante (en particular, que hubiese prestado un consentimiento libre, voluntario, sin error, dolo o violencia, emitido por persona capaz). Ese control, que se puede llamar reducido, permitía la inscripción de la filiación por maternidad subrogada en un número importante de casos.

⁷² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE 3.7.2015.

⁷³ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015.

⁷⁴ Sobre el encaje de la gestación subrogada en la LRC, *vid.* I. Heredia Cervantes, “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *BIMJ*, nº 2179, 2015, pp. 339–396, esp. pp. 385–389.

⁷⁵ Antes citada.

expuesto. La Propuesta de Reglamento no regula expresamente la gestación por sustitución, más allá de una mención a la doctrina del TEDH en el considerando 18, que parece una declaración de intenciones de mantener el *status quo* actual⁷⁶. Por otra parte, en la Propuesta, toda resolución se puede dejar de reconocer si vulnera manifiestamente el orden público del Estado miembro de destino⁷⁷. Además, la Propuesta solo afecta a resoluciones de Estados miembros, donde la gestación subrogada todavía no es predominante⁷⁸.

No obstante, y aunque todavía sea pronto para valorarlo, en una lectura más profunda, no puede descartarse un mayor impacto. Por un lado, la vulneración del orden público debe ser manifiesta y siempre en función del interés del menor; y se ha destacado que el no reconocimiento de la gestación por sustitución impide una identidad única del menor que obstaculiza la libre circulación de personas⁷⁹. Por otra parte, se ha apuntado

⁷⁶ Vid. S. Álvarez González, "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una Presentación Crítica", *Revista de Derecho Civil*, n.º 3, 2023, pp. 71-100, esp. pp. 196.

⁷⁷ Vid. S. Álvarez González, "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación...", *loc. cit.*, esp. pp. 195-197.

⁷⁸ Para una visión de Derecho comparado, vid. K. Trimmings y P. Beaumont, "General Report on Surrogacy", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 439-550; y, por países, E. Dias Oliveira, "A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, pp. 45-57; L. A. Pérez Martín, "Estudio comparado de la excepción de orden público internacional en la gestación por sustitución entre la República Checa y España", en C. Lasarte Álvarez (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid/Barcelona, Dykinson, 2021, pp. 315-331. En el ámbito iberoamericano, vid. L. B. Scotti, "El reconocimiento extraterritorial de la 'maternidad subrogada': una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas", *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.

⁷⁹ Vid. P. Jiménez Blanco, "Identidad familiar y maternidad subrogada", en P. Rodríguez Mateos (dir.), *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomsom Reuters, 2018, pp. 96-107, esp. p. 106; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "El caso de Ana Obregón...", *loc. cit.*; y, más en general, desde la perspectiva de Derechos Humanos, Kinsch, P., "Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law Rules and European Human Rights Law", en Boele-Woelki, K. y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275; C. Campiglio, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Riv. dir. int. priv. proc.*, n.º 3, vol. XLV, 2009, pp. 589-604; S. Tonnolo, "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", *Riv. dir. int. priv. proc.*, n.º 1, vol. L, 2014, pp. 81-104. En realidad, ello supone un tránsito desde un método de ley aplicable a otro de reconocimiento, vid. I. Petrelli, "Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2015, pp. 559-578, esp. pp. 573-576. Vid. como germen de esta jurisprudencia de la UE, la STJCE 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539, continuada por la STJCE

que tal vez la Propuesta debería extenderse a resoluciones de Estados miembros, que reconocen resoluciones de terceros Estados, donde puede ser frecuente esta práctica de gestación por subrogación; y ello en la medida en que se vean afectadas libertades de la UE de un ciudadano de la UE⁸⁰.

Lo expuesto pone de manifiesto las dudas del modelo normativo de la Propuesta, al tratar de regular la maternidad subrogada sin ni siquiera mencionarla, a diferencia del modelo planteado por el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya, que aboga por un instrumento general sobre la filiación y otro concreto, un protocolo, específico en materia de gestación subrogada⁸¹.

2. La adopción internacional de hijos póstumos como solución supletoria

A) Lógica internacional

24. La adopción se ha convertido en la solución supletoria al no reconocimiento de la filiación por naturaleza de la gestación subrogada, tanto en la jurisprudencia del TS, como en la del TEDH, para las partes intencionales distintas al padre biológico⁸². Para ello, es preciso que “el

14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, ECLI:EU:C:2008:559. Proyectada en la determinación de la filiación, *vid.* la STJUE 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, ECLI:EU:C:2021:1008, que obliga a reconocer el documento de un Estado miembro que fija la filiación por una pareja del mismo sexo, en la medida en que afecte a la libre circulación y residencia de un ciudadano de la UE. *Vid.* no obstante, y entre otras, la STJUE 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, recordando que son oponibles al ejercicio de la libre circulación de personas motivos de orden público, si resultan necesarios y proporcionados.

⁸⁰ Cf. S. Álvarez González, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación...”, *loc. cit.*, pp. 193-195.

⁸¹ Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project, “Final Report: The feasibility of one or more private international law on legal parentage”, Prel. Doc. nº 1, 1 de noviembre de 2022, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. Sobre estos trabajos, *vid.* A. Durán Ayago, “Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 31, 2020, pp. 1-51 (versión consultada de academia.edu); y, sobre la conveniencia de un instrumento internacional, K. Trimmings y P. Beaumont, “International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, pp. 627-647; H. Baker, “A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention”, *International Surrogacy Arrangements...*, *op. cit.*, pp. 411-426.

⁸² En la doctrina, *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *loc. cit.*, § 29, ya tempranamente apuntando esta solución. Más recientemente, *vid.* S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español...”, *loc. cit.*, *passim*, en referencia a ciertas incongruencias del TS, al

procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño"⁸³.

Es verdad que esta jurisprudencia se construye respecto de la pareja de un padre comitente que también es padre biológico, *in casu* fallecido, y que el Tribunal ha declarado que, para otros casos, deberá desarrollar su jurisprudencia⁸⁴. Pero debe destacarse la oportunidad de la adopción en esta materia, en tanto que es una realidad jurídica que no contradice la realidad biológica, que, además, se orienta a la protección del menor. Una medida de protección adaptable a nuevas realidades como la gestación subrogada: a la clásica protección del menor frente al desamparo, la adopción en este contexto sirve como protección de la vida familiar del menor⁸⁵.

25. A los efectos de concretar en el ordenamiento español esta adopción, aparece un primer problema de aplicación de la Ley de adopción internacional (en adelante LAI)⁸⁶, referida a un menor que "*sea considerado adoptable por la autoridad extranjera competente*"⁸⁷. Literalmente, en el

hacer aseveraciones muy duras contra la gestación por sustitución al tiempo que abre las puertas de la adopción de las partes comitentes.

⁸³ Dictamen consultivo del TEDH de 10.4.2019, P16-2018-001, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente. En este mismo sentido, *vid.* STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*, 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022: 1206 JUD002521221. En esta Sentencia se declara una violación al derecho a la vida privada de los menores, al no permitir la adopción a la madre intencional. Se consideró irrelevante que, como motivo para denegar la adopción, se esgrimiera existencia de precio en el consentimiento de la madre biológica; también que el Tribunal Supremo danés considerara suficiente la atribución de una custodia compartida, incluso para el caso de separación y divorcio.

⁸⁴ § 36 del citado Dictamen consultivo del TEDH. En casos recientes, donde no había vínculo biológico con ninguna de las partes comitentes, el Tribunal no considera estrictamente necesaria la constitución de una adopción, *cf.* STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217. Pero se trata de un caso muy particular, porque los solicitantes de la adopción conjunta se divorciaron antes de la constitución de la adopción, sin reiterar la solicitud de adopción individualmente después del divorcio. Por esta razón, medidas como el acogimiento se consideraron suficientes.

⁸⁵ De hecho, hay propuestas de creación de una tercera forma de filiación basada en el proyecto de vida común de dos personas y talmente parece que, de momento, la filiación adoptiva está absorbiendo esta tercera modalidad oculta. *Vid.* D. Cadenas Osuna, "La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea", *ADC*, t. LXXV, 2022, fasc. I, pp. 69-114, p. 97.

⁸⁶ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE 29.12.2007.

⁸⁷ Art. 1.2. b) LAI. De hecho, el art. 4.2º.b) de la LAI señala que no se tramitarán ofrecimientos de adopción si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información, en particular, sobre la adoptabilidad del menor. No va a haber ningún ofrecimiento de adopción,

Estado extranjero el menor no se considera “adoptable”, sino hijo biológico de las partes comitentes⁸⁸. En cualquier caso, ante la falta de otras normas, debe aplicarse la LAI a la constitución de la adopción por autoridad española, y superar la literalidad de la norma⁸⁹.

En este contexto, los tribunales españoles serán competentes para constituir la adopción; probablemente concurrirá el foro del adoptante español o con residencia en España, y también sería posible que el adoptante ya fuera español, si el padre biológico tiene esta nacionalidad y se ha reconocido su filiación⁹⁰. Hay un problema en el momento de determinación de la competencia pues se exige estar al momento de ofrecimiento para la adopción, cosa que no ocurre en el caso objeto de estudio⁹¹. Mucho más dudosa es la competencia de los cónsules españoles para realizar esta adopción. La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 ordena suspender la inscripción en los consulados de las filiaciones por naturaleza de padres intencionales y biológicos, respecto de casos de gestación subrogada. Por extensión, también deberá suspenderse el subsiguiente expediente de adopción respecto de partes intencionales distintas al padre biológico, que queda vetada a los cónsules.

26. Esta adopción se registrará por la ley española, si el adoptando ya tiene su residencia habitual en España o la va a tener como consecuencia del traslado⁹². Es verdad que la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios se rigen por la ley de su nacionalidad, si reside habitualmente fuera de España en el momento de la constitución o si no va a adquirir la nacionalidad española⁹³. Pero esta previsión carece de aplicación práctica en la gestación subrogada. Repárese en que la LAI exige la aplicación de la ley nacional del adoptando únicamente cuando se facilite con ello la validez de la adopción en el país de dicha nacionalidad⁹⁴; cosa que no ocurre en la gestación subrogada porque en dicho país de origen, ya hay una filiación a favor de los padres intencionales que en España se presentan como adoptantes. De la misma forma, no deben exigirse consentimientos,

como indica el art. 5. Tampoco habrá una relación de personas que se ofrezcan para la adopción (art. 8), ni comunicación entre autoridades de los Estados (art. 9).

⁸⁸ Vid. L. Sales Pallarés, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 326–347, esp. p. 345.

⁸⁹ Cf. M. Guzmán Zapater, Mónica, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731–743, esp. p. 742.

⁹⁰ Art. 14.1º LAI.

⁹¹ Art. 14.2º. LAI.

⁹² Art. 18 LAI.

⁹³ Art. 19 LAI.

⁹⁴ Art. 19.2 LAI.

audiencias y autorizaciones de la ley nacional o de residencia habitual del adoptante o del adoptado, a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal. No en vano, ello solo debe hacerse si repercute en el interés del menor y, en materia de gestación subrogada, el punto de partida es que hay un reconocimiento de filiación en el Estado de origen. No se cumple, por tanto, la necesidad de que la toma en consideración de las leyes extranjeras facilite la validez de la adopción en otros países conectados⁹⁵.

B) Problemas en la aplicación del Derecho material español

27. Como ya se ha destacado, la adopción como solución supletoria a la gestación subrogada se articula fácilmente desde la perspectiva del DIPr. De hecho, deriva en la mayoría de los casos en la aplicación de la ley española. El problema es que el TS no se ha pronunciado sobre si el interés superior del niño y el hecho de que en el extranjero haya una filiación por sustitución deben llevar a una reinterpretación de algunos de los requisitos exigidos por el Derecho español, que podrían impedir la citada adopción. Hay, en mi opinión, tres obstáculos, graduables de menor a mayor intensidad.

28. El obstáculo menor es la posible falta de asentimiento a la adopción por los progenitores del niño. La madre gestante lo habrá dado, si bien no necesariamente a las seis semanas desde el parto⁹⁶. El hecho de que el padre intencional y padre biológico haya fallecido y no conste su asentimiento a la adopción –por ejemplo, en el testamento– tampoco es motivo para negar la posibilidad de adopción⁹⁷. El asentimiento no es necesario si resulta imposible⁹⁸.

29. El obstáculo medio tiene que ver con los requisitos de edad y no es específico del tipo de gestación subrogada aquí analizado. El adoptante debe ser mayor de veinticinco años y, entre adoptante y adoptando, debe haber una diferencia de edad mínima de dieciséis años y máxima de cuarenta y cinco⁹⁹. Este último no debe cumplirse en los casos de filiación póstuma de adopción del hijo del cónyuge o pareja. En el resto de los casos, la

⁹⁵ Art. 20.a) LAI.

⁹⁶ Art. 177.2º Cc.

⁹⁷ No han faltado excepciones, por ejemplo, cuando el padre comitente y biológico finalmente no consiente la adopción por su pareja comitente. *Vid.* STEDH, 24 marzo 2022, *A.M. c. Norvège*, 30254/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418.

⁹⁸ Art. 177 Cc. De hecho, la orfandad y parentesco por afinidad en tercer grado es una de las adopciones sin propuesta previa.

⁹⁹ Art. 175.1º Cc. Repárese que la diferencia de edad puede ser superior en caso de grupos de hermanos o menores con necesidades especiales.

jurisprudencia del TEDH parece obligar a flexibilizar la normativa española en aras de favorecer el respeto a la vida familiar.

30. Entre los obstáculos de mayor importancia, destacaría tres. Dos, genéricos, relativos a que en la adopción no debe mediar pago, cosa que ha podido ocurrir en la gestación por subrogación; y a que debe haber una propuesta previa de la entidad pública, tras la declaración de idoneidad de los adoptantes. El tercer obstáculo, más específico en el caso de donación de material reproductor de familiar, dado que no es posible adoptar a descendientes (nietos) o a parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad (hermanos) o afinidad (hermanastros, cuñados...) ¹⁰⁰.

En este sentido, el TEDH, en una importante decisión ¹⁰¹, ya se ha pronunciado sobre que la presencia de un pago no puede ser un obstáculo a la formalización de la adopción para garantizar la vida familiar del menor. El propio TS, al proponer la adopción en estos casos, nunca ha dado a entender que el pago de precio sea un impedimento a su constitución.

31. Por otra parte, la propuesta de la entidad pública, previa declaración de idoneidad adoptantes, no se precisaría en casos de adopción de huérfano y pariente en tercer grado por consanguinidad o afinidad, o del hijo biológico de la pareja, *in casu*: el padre biológico e intencional fallecido. Tampoco, si ha existido una tutela o guarda con fines de adopción por más de un año por parte de las partes intencionales ¹⁰². Para el resto de casos, ni el TS ni el TEDH se han pronunciado sobre si la declaración de idoneidad y la propuesta previa de la entidad deben ser o no exigidas.

Algo similar ocurre con el impedimento relativo a la no adopción de determinados familiares. De la jurisprudencia del TEDH no parece desprenderse que deba primar una verdad jurídica basada en la filiación, por encima de una verdad biológica basada en el vínculo real de otro parentesco. No hay ninguna sentencia concluyente del TEDH que permita deducir, por ejemplo, que, para el respeto a la vida privada de un menor, es mejor reconocer a la parte comitente como madre que como abuela, si este es su verdadero parentesco biológico. Los Estados parecen tener un margen de apreciación en este sentido. Ese margen podría concretarse en el ejercicio de una acción de reclamación de la paternidad del donante de material

¹⁰⁰ Art. 175.3.1º Cc.

¹⁰¹ *Vid.* la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*.

¹⁰² Art. 176.2º Cc. Tampoco se precisa de propuesta previa en caso de adoptandos mayores de edad o menores no emancipados, si bien parece un supuesto alejado al contexto de la filiación subrogada.

reproductor, a partir de la cual se fijaría el parentesco correspondiente de las partes comitentes.

Hay en este planteamiento un problema de control de este tipo de prácticas. Si el padre biológico no es el comitente y, de hecho, no consta la filiación del padre biológico ni la identidad del donante de material reproductor, el Registro Civil o el Ministerio Fiscal no sabrán que los padres intencionales tienen un parentesco biológico con el menor¹⁰³. Cabría exceptuar los casos de notoriedad; también los casos de los propios padres comitentes que no pretenden ocultar esta realidad; y, por último, los casos en los que el padre biológico sí es comitente y figura en el certificado de nacimiento, por lo que es fácilmente identificable la existencia de un parentesco distinto respecto de la otra parte comitente.

C) Técnicas de flexibilización del Derecho español

32. En el estado actual de la cuestión, y fijada por el TS la doctrina sobre la vulneración del orden público, a los tribunales españoles les corresponde dar un paso más y explicar cómo articular y modular la adopción, como medida supletoria, ante los obstáculos señalados. Con un ánimo puramente especulativo, se presenta alguna de las técnicas que el DIPr podría poner al servicio de la flexibilización del Derecho material español.

33. Desde la perspectiva de la ley aplicable, podría plantearse el juego del denominado “análisis en dos escalones”¹⁰⁴. La aplicación de la ley española por remisión de la norma de conflicto sería el primer escalón, pero, en un segundo escalón, deberían tenerse en cuenta las circunstancias internacionales del supuesto y que en el Estado de origen hay una filiación entre menor y parte intencional. No cabría una aplicación automática del Derecho español, como si de una adopción interna se tratara, lo que permitiría soslayar obstáculos como el pago de precio o los requisitos de edad antes señalados. De esta forma, el parámetro del interés superior del

¹⁰³ Vid. sobre el anonimato del donante de material reproductor en este ámbito, P. Blanco-Morales Limones, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2015, pp. 1–16, esp. p. 9.

¹⁰⁴ El conocido como “efecto nacionalizador” de la aplicación de la norma de conflicto. Vid. por todos, P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, vol. XL, 1988–1, pp. 79–126; S. Álvarez González, “Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109–1151, esp. p. 1146; J. C. Fernández Rozas, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7–32, § 20; S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, 2005, t. II, pp. 1765–1786, esp. p. 1766.

menor debe ser interpretado en clave internacional y no puramente nacional¹⁰⁵.

Este planteamiento del análisis en dos escalones se encuentra, no obstante, con dos problemas. El primero, que no hay en el ordenamiento español base legal para que dicha teoría sea introducida en la aplicación de las normas¹⁰⁶. El segundo problema es que conduce a un activismo judicial que contraría el tenor literal del Código civil. Ese activismo requeriría una cláusula legal habilitante, sustentada en la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁷, por la cual pueda considerarse que, en determinadas circunstancias, el juez podrá dejar de aplicar los requisitos de la adopción española del CC¹⁰⁸.

34. Aparte de la lógica de ley aplicable, podría pensarse en una solución práctica y expeditiva basada en la transposición de la resolución extranjera (“adaptación” en términos de la Ley), desde la perspectiva del reconocimiento. Se trataría de no reconocer la filiación por sustitución, pero buscar una equivalencia funcional en la filiación adoptiva. La base sería el art. 44 de la Ley de cooperación jurídica internacional.

“Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español”, *in casu* una filiación por naturaleza respecto de una madre no gestante, “se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”, *in casu*,

la adopción que tiene efectos de filiación en las mismas condiciones. Se cumpliría, además, la exigencia de que “*tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen*”, pues la adopción produce el mismo efecto que la maternidad subrogada en el Estado de origen: la pérdida de toda vinculación con la madre gestante. Se trata de una interpretación quizá un tanto forzada, pero de gran utilidad. Por un lado, es verdad que se encuentra en la Ley de cooperación y no en la LRC o en la LAI,

¹⁰⁵ Vid. J. D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 9–426, esp. p. 333, destacando que debe haber un principio rector que justifique la flexibilización de la aplicación de la *lex causae*.

¹⁰⁶ A lo sumo, puede encontrarse en la LAI una referencia no a esta técnica en sí, sino a objeto y fines que podrían argumentarse a su favor. Así se señala en su art. 2 que “*todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor*”, con la finalidad de “*proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional*”.

¹⁰⁷ Vid. la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*.

¹⁰⁸ No deja de ser curioso cómo el art. 23 de la LAI, al regular el orden público internacional, permite dejar de aplicar una ley extranjera en función del interés superior del menor, pero no se plantea el supuesto contrario en el que se flexibiliza la aplicación de la ley española.

pero aquella puede tener un carácter supletorio. Por otro, es verdad que la medida de la resolución extranjera no es *stricto sensu* “desconocida”, si figura como una filiación por naturaleza, pero sí lo es para el caso concreto de la maternidad subrogada.

Este reconocimiento de la resolución en términos de equivalencia permitiría eludir los requisitos de edad para la adopción previstos por la ley española, que no parecen ser orden público internacional. Más dudas puede suscitar el parentesco con el menor que impide su adopción. Ya se ha señalado que el vínculo real y biológico de parentesco quizá tenga prioridad sobre una verdad formal de adopción, siempre y cuando se acompañen de otras medidas, en los términos del apartado siguiente.

35. Mención especial merece una nueva modalidad de resolución extranjera en la que se constituye una “adopción planificada” a favor de los padres intencionales¹⁰⁹. No procede aquí ninguna transposición de instituciones, pues el juez extranjero ha constituido una adopción y no una filiación por naturaleza. Ahora bien, de nuevo deben flexibilizarse los requisitos de reconocimiento de resoluciones extranjeras, en este caso, previstos en la LAI. Téngase en cuenta que no se cumple el requisito de que exista declaración previa de idoneidad de los adoptantes españoles y residentes en España por la entidad pública española¹¹⁰.

3. Medidas supletorias sin reconocimiento de filiación póstuma

A) Perspectiva de los tribunales españoles

36. Cabría pensar en otras medidas supletorias para reconocer el respeto a la vida familiar, principalmente, la tutela, la custodia¹¹¹ y el acogimiento¹¹². Estas medidas tendrían encaje si no se ha podido establecer

¹⁰⁹ Por ejemplo, la Sección 63.213 de los *Florida Statutes* regula la posibilidad de una adopción planificada, en la que existe un acuerdo entre madre gestante y partes intencionales, finalmente aprobada por un juez (*vid* el texto en <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2014/0063.213>, consultado el 31.8.2023).

¹¹⁰ Art. 26.3º LAI.

¹¹¹ *Vid.* la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*. No hay violación de la vida familiar desde el momento en el que se reconoció la custodia compartida a la madre intencional. En el mismo sentido, *vid.* la Decisión del TEDH 31 mayo 2022, *H c. Royaume-Uni*, 32185/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0531DEC003218520, que no admite el caso y considera suficientes medidas de respeto a la vida privada el establecimiento de responsabilidad parental de los padres comitentes, pese a que uno de esos padres comitentes era el padre biológico.

¹¹² Entendido como respetuoso con el derecho a la vida familiar, en los casos en los que los comitentes no tienen ningún vínculo biológico con el menor. *Vid.* STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölvisdóttir and Others v. Iceland*, 71552/17, antes citada.

una adopción a favor de la otra persona comitente, en los términos anteriormente expuestos.

En caso de que el menor ya resida habitualmente en España, los tribunales españoles serán competentes para estas medidas¹¹³. Más dudosa es la posibilidad de que los tribunales españoles sean competentes si el menor todavía se encuentra en el Estado de origen. Habrá que demostrar el ánimo de establecer el centro de vida del menor en España y fundamentar la competencia en una futura residencia, aunque el menor nunca haya entrado en territorio español¹¹⁴. Los tribunales españoles aplicarán, además, la ley española como ley del foro, salvo que observen otra ley más vinculada, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996¹¹⁵. Si hay una filiación póstuma biológica del padre donante del material reproductor, la aplicación de la ley española ofrece una solución óptima para asegurar que el comitente pueda ser tutor. No en vano, la tutela se puede establecer a favor de ascendientes o hermanos, a salvo de lo dispuesto por testamento o documento público¹¹⁶. Por ejemplificar alguno de los recientes casos mencionados en la introducción, la madre comitente sería en último caso abuela de la menor y tutora.

B) Perspectiva del Estado de origen

37. Los tribunales del Estado de origen difícilmente adoptarán una medida expresa en el sentido indicado, dado que, conforme a su ordenamiento, hay una verdadera filiación con los efectos inherentes a esta en el ejercicio de la responsabilidad parental. En aquellas ocasiones en las que la sentencia extranjera haga un pronunciamiento expreso sobre la responsabilidad parental adicional al establecimiento de la filiación, cabría plantearse un reconocimiento parcial¹¹⁷. No se reconocería la filiación, pero sí la atribución de responsabilidad parental.

¹¹³ Cf. art. 7 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DO n° L 178 de 2.7.2019. *Vid.* a este respecto, la remisión del art. 32 LAI, en referencia a otras medidas de protección de menores.

¹¹⁴ *Vid.* L. A. Pérez Martín, "Propuesta de un concepto de residencia habitual...", *loc. cit.*, pp. 469-494

¹¹⁵ Art. 15 del ya citado Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental. *Vid.* al respecto, el art. 33 LAI en referencia al Convenio.

¹¹⁶ Art. 213 Cc, aunque de forma excepcional y motivada, el juez puede alterar el orden señalado o prescindir de todas las personas, en interés del menor.

¹¹⁷ Cf. art. 49 de la Ley de cooperación jurídica internacional.

Cuestión distinta es que la resolución extranjera solo se pronuncie expresamente sobre el establecimiento de la filiación, siendo el resto de efectos establecidos *ex lege*. Una posibilidad a valorar es que la resolución judicial no se reconoce como filiación, pero sí con unos efectos aminorados de medidas de protección del menor. Sería el mismo mecanismo de la transposición-adaptación, visto anteriormente.

IV. CONCLUSIONES

1ª. La disposición *mortis causa* de material reproductor localizado en territorio español no puede referirse a una futura gestación por sustitución, ya que su validez (capacidad, consentimiento, fondo y forma) se rige por la LTRHA como ley de policía, que lo impide.

2ª. Dicha disposición no queda regida ni por el Reglamento europeo de sucesiones, ni por el estatuto personal del art. 9.1º Cc, ni por la norma de conflicto sobre filiación del art. 9.4º Cc. Como excepción, el Convenio de La Haya de 1961 sobre forma de la disposición testamentaria resulta aplicable a actos de voluntad sobre material reproductor.

3ª. La viabilidad en el extranjero de la celebración de un contrato de gestación por subrogación y de la utilización de material reproductor *post mortem* depende del sistema jurídico donde se realiza la práctica y donde se encuentra el material reproductor del donante fallecido. Si éste figura como parte intencional, en España se reconocerá la filiación biológica, independientemente de que haya fallecido o de que el uso de su material reproductor no se haya ajustado a lo previsto por la ley española. En cualquier caso, debe desestimarse la solicitud de exportación de material reproductor custodiado en España, si es con un fin de gestación por sustitución.

4ª. Respecto de las partes intencionales, la jurisprudencia del TS es clara sobre el no reconocimiento de la filiación biológica y es compatible con la del TEDH, en tanto que ninguno de ellos sea el padre biológico. La Instrucción de la DGRN de 2010, anterior a la jurisprudencia del TS y del TEDH, y relativa a una normativa hoy totalmente derogada, no tiene rango normativo para contradecir lo expuesto.

5ª. Las partes intencionales, para entrar en España, tendrán la consideración de guardadores de hecho, conforme a la ley española (ley de la nueva residencia del menor). No obstante, se observan carencias graves en lo que respecta al régimen de extranjería para efectuar la entrada. También, respecto de la suspensión de la inscripción en el registro consular;

de hecho, hubiera sido positiva una anotación registral de la resolución extranjera no reconocida, que afecta al estado civil de un menor “potencialmente español”.

6ª. La adopción se ha convertido en la solución supletoria al no reconocimiento de la filiación por naturaleza de la gestación subrogada. El hecho de que el padre intencional y padre biológico haya fallecido y no conste su asentimiento a la adopción no es motivo para negar la posibilidad de adopción.

7ª. Con el fin de adaptar la normativa española de adopción a las exigencias del TEDH, también parece necesario flexibilizar las previsiones sobre ausencia de pago, momento del consentimiento de la madre gestante, y requisitos de edad para la adopción. Esta flexibilización podría hacerse, bien desde la perspectiva de la ley aplicable, a través de un análisis en dos escalones; bien desde la perspectiva del reconocimiento, a través de la técnica de la transposición de instituciones funcionalmente equivalentes.

8ª. Sin embargo, de la jurisprudencia del TEDH no se desprende que una verdad jurídica, basada en la filiación subrogada, deba primar sobre una verdad biológica, basada en la constatación de un vínculo real de otro parentesco, que impide la adopción. A la consideración de este pariente como guardador de hecho, se podría sumar el establecimiento de una medida de protección del menor como la tutela, conforme a la ley española.

9ª. Como valoración final, en España no parece oportuna una regulación general de la gestación subrogada, si con ello se pretende legalizar de una forma genérica esta práctica. En este momento, resulta preferible otro enfoque basado en el desarrollo puntual de nuevas funcionalidades de estructuras clásicas como son: la filiación biológica, respecto del padre intencional y biológico; la filiación adoptiva, respecto de las partes intencionales; y la atenuación del orden público, en la medida necesaria para proteger el interés del menor. Este desarrollo puntual tendría una derivada jurisprudencial, principalmente para interpretar la flexibilización de requisitos de adopción en estos casos. Otra, administrativa, para que la dirección general correspondiente dicte una instrucción, sin excesos, de recapitulación de jurisprudencia del TEDH y de la concreta aplicación al caso de la LRC. Y una última derivada normativa, si acaso, si por tal se entienden alusiones puntuales, que mitiguen el riesgo de activismo judicial.

10ª. Todo ello mientras se despejan las dudas con la Propuesta del Reglamento europeo de filiación, que ha optado por un modelo de regulación poco claro, que pretende regular la gestación por sustitución sin mención alguna, lo que dará lugar a mucha especulación. En cualquier caso, las referencias de la Propuesta en su Preámbulo a la jurisprudencia del

TEDH parecen una declaración de intenciones de mantener el *status quo* actual.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Grieder, H., "Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 32–44.
- Álvarez González, S., "Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa", *ADC*, 1993, pp. 1109–1151.
- Id.*, "Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa", en Cristina Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61–74 (versión consultada de academia.edu).
- Id.*, "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en M. P. García Rubio (dir.), *Maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V. Santiago de Compostela. 21 y 22 de Septiembre de 2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613–647 (versión consultada de academia.edu).
- Id.*, "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS 31 de marzo de 2022", *La Ley*, nº 10069, 16.5.2022 (paginación electrónica).
- Id.*, "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una Presentación Crítica", *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2023, pp. 71–100.
- Álvarez Rodríguez, A. y Carrizo Aguado, D., "Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?", *La Notaría*, nº. 2, 2014, pp. 59–75.
- Álvarez de Toledo Quintana, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España. entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 5–49.
- Atienza Rodríguez, M., "De nuevo sobre las madres de alquiler", *Notario del Siglo XXI*, nº. 27, 2009, pp. 52–56 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>).
- Baker, H., "A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 411–426.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Hijos made in California", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411.
- Blanco-Morales Limones, P., "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2015, pp. 1–16.
- Boillet, V. y Akiyama, H., "Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 27, 2017, pp. 513–534.
- Bollée, S. y Haftel, B., "L'art d'être inconstant – Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 267–283.

- Cadenas Osuna, D., "La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea", *ADC*, t. LXXV, 2022, fasc. I, pp. 69-114.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, pp. 247-262.
- Id.*, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, 2015, pp. 45-113.
- Id.*, "El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado", <https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/>.
- Campiglio, C., "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 3, vol. XLV, 2009, pp. 589-604.
- Dias Oliveira, E., "A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 45-57.
- Durán Ayago, A., "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución", *Bitácora Millenium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 1-16.
- Id.*, "Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 575-582.
- Id.*, "Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 31, 2020, pp. 1-51 (versión consultada de academia.edu).
- Espinar Vicente, J. M., "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley", en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589-604.
- Fernández Rozas, J. C., "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7-32.
- Fulchiron, H., y Guilarte Martín-Calero, C., "L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, pp. 531-558.
- González Campos, J. D., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426.
- Guzmán Zapater, M., "Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743.
- Heredia Cervantes, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687-715.
- Id.*, "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", *BIMJ*, 2015, nº 2179, pp. 339-396.

- Jiménez Blanco, P., "Identidad familiar y maternidad subrogada", en P. Rodríguez Mateos (dir.), *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2018, pp. 96-107.
- Id.*, "Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero", en I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos (Derechos de los menores y maternidad por sustitución)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301-328.
- Id.*, "La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)", *REEI*, vol. 37, 2019, pp. 23-30.
- Kinsch, P., "Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law", en Boele-Woelki, K. y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275.
- Lazcoz Moratinos, G., y Gutiérrez-Solana Journoud, A., "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673-692.
- Lurger, B., "Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot", *IPRax*, nº 3, vol. 33, 2013, pp. 282-288.
- Mayer, C., "Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen" *RabelsZ*, nº 3, vol. 78, 2014, pp. 551-591.
- Moreno Sánchez-Moraleda, A., "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", *Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014, pp. 189-215.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P., "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución" en *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516 (versión consultada de academia.edu).
- Pérez Martín, L. A., "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494.
- Id.*, "Estudio comparado de la excepción de orden público internacional en la gestación por sustitución entre la República Checa y España", en C. Lasarte Álvarez (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid/Barcelona, Dykinson, 2021, pp. 315-331.
- Pertusa Rodríguez, L., "Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, pp. 597-614.
- Petrelli, I., "Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2015, pp. 559-578.
- Presno Linera, M. y Jiménez Blanco, P., "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9-44.
- Quiñónes Escámez, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1-42.

- Rodríguez Mateos, P., "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol. XL, 1988-1, pp. 79-126.
- Sales Pallarés, L., "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 326-347.
- Sánchez Lorenzo, S., "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", en Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, Madrid, Edifer, 2005, t. II, pp. 1765-1786.
- Scotti, L.B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas", *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.
- Struycken, A.V.M., "Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?", en K. Boele-Woelki y otros (eds.), *Convergence and divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.
- Tonnolo, S., "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", *Riv. dir. int. priv. proc.*, n.º 1, vol. L, 2014, pp. 81-104.
- Trimming, K. y Beaumont, P., "International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level", *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, pp. 627-647.
- Id.*, "General Report on Surrogacy", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 439-550.
- Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012.
- Vilar González, S., "La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 815-823.

Recibido: 30 junio 2023
Aceptada: 31 julio 2023

Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación *en y entre* instrumentos de Derecho internacional privado de la UE *

Diana MARÍN CONSARNAU **

SUMARIO: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación *ratione materiae en y entre* instrumentos. III. Delimitación *en y entre* instrumentos desde un enfoque de técnica de argumentación y de coherencia. IV. La exclusión de los “régimenes matrimoniales”: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. V. Disolución de la copropiedad indivisa y liquidación de un bien adquirido durante el matrimonio ¿estatuto real o matrimonial? VI. Exclusión de los “régimenes que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable”: el camino hacia su introducción en el Reglamento (UE) 1215/2012. VII. Consideraciones finales.

RESUMEN: En el contexto de un sistema de Derecho internacional privado de la UE incompleto en materia de derechos reales que entra en relación con regulaciones específicas en materia de familia, como sucede con los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, el presente artículo se ocupa, del análisis del recorrido de la jurisprudencia del TJUE en relación con la delimitación en y entre instrumentos del Derecho internacional privado de la UE y su ámbito de aplicación material, especialmente desde un enfoque de coherencia y de sus distintas modalidades.

PALABRAS CLAVE: ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE*, COHERENCIA, DERECHOS REALES, RÉGIMENES MATRIMONIALES, RÉGIMENES QUE REGULEN RELACIONES CON EFECTOS COMPARABLES AL MATRIMONIO.

Rights in rem and property consequences in Family Matters: delimitation in and among the EU Private International Law Regulations

ABSTRACT: *EU Private International Law system is an incomplete system in terms of Rights in Rem. Moreover, that affects when Rights in Rem are involved in to other specific Regulations in Family Matters, as Regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104. The aim of this article deals with, the analysis Case Law of the CJEU in relation to the delimitation in and among instruments of EU*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i “Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable” (PID2020-112609GB-I00).

** Profesora agregada (contratado doctor) de Derecho internacional privado. Universidad Rovira i Virgili

Private International Law and its material scope, especially from a coherence approach and its different modalities.

KEYWORDS: SCOPE RATIONE MATERIAE, COHERENCE—RIGHTS IN REM— RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A MATRIMONIAL RELATIONSHIP, RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A RELATIONSHIP TO HAVE COMPARABLE EFFECTS TO MARRIAGE.

I. Introducción

En el Derecho internacional privado de la UE es una tarea compleja el abordar una noción autónoma de la materia derechos reales sobre bienes inmuebles, en el seno del Reglamento (UE) 1215/2012 (RBI bis)¹ y sus normas antecesoras. Ello ha ido evidenciándose a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo desde el Convenio de Bruselas de 1968 (CB 68), que, por un lado, parte de la orden de no realizar una interpretación extensiva del foro exclusivo que recoge, puesto que el carácter exclusivo conlleva, a su vez, ser una excepción al normal funcionamiento de las reglas generales de competencia que ofrece el texto normativo. Y, por otro lado, no define qué debe entenderse por derecho real, pero sí afirma que las acciones en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles del art. 24 RBI bis incluyen “el alcance, la consistencia, la propiedad, la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes así como la protección de las prerrogativas que a sus titulares ofrece el título”². Complejidad a la que al mismo tiempo se suma el estar ante un sistema de DIPr europeo incompleto que, en materia de derechos reales, se caracteriza por la falta de una regulación expresa de los derechos reales sobre los bienes muebles en dicho reglamento y la carencia de un reglamento europeo sobre la ley aplicable a los derechos reales.

Si bien el panorama de este sistema ha ido sosteniéndose en el tiempo y salvándose a través de las cuestiones prejudiciales, la entrada en escena de instrumentos normativos sobre sectores materiales específicos, de forma escalonada y con una distancia temporal considerable, como son las

¹ 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 n.º. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² Arenas indica que ello “no hace más que retrasar la definición de qué se ha de entender por derecho real; aunque tampoco puede decirse que sea completamente inútil; puesto que seguramente nos permite determinar que no todas las acciones en las que aparezca involucrado un derecho real serán objeto del foro exclusivo”. R. Arenas García, “Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19”, *La Ley: Unión Europea*, n.º. 89, 2021.

sucesiones por causa de muerte (Reglamento (UE) 650/2012 o RSE³); los regímenes económicos matrimoniales (Reglamento (UE) 2016/1103 o RREM⁴) y las relaciones patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento (UE) 2016/1104 o RRPUR⁵), acentúa la complejidad de la que venimos y hacia la que vamos, al tratarse de textos normativos que se construyen sobre la base de reglas que excluyen de su ámbito de aplicación material la naturaleza de los derechos reales, mientras que su constitución, adquisición y transmisión derivados de la materia que regulan (por ejemplo, del régimen económico matrimonial) se enmarcan en el ámbito material de dichos instrumentos⁶.

El deseado desenlace es progresar en la elaboración de instrumentos que colmen estos vacíos, a través de propuestas que, más allá de establecer que entra y que no entra en la categoría de acciones en torno a derechos reales, proporcionen un concepto de derecho real autónomo, que hoy por hoy, no ha sido alcanzado por el TJUE⁷. Pero también lo es el apremio de tratar con cierta intensidad la delimitación *en* (sobre un mismo instrumento y sus normas antecesoras/sucesivas, según como se plantee) y *entre* instrumentos (en el que entran en relación distintos instrumentos) desde el plano del ámbito de aplicación material de los reglamentos de la UE de DIPr, en la que el papel de las distintas modalidades de coherencia, adoptadas por la doctrina internacional privatista, muestra que estas van interrelacionándose, en función de la orientación que adoptemos para su examen⁸.

³ Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DO n.º L 201 de 27.7.2012.

⁴ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DO n.º L 183 de 8.7.2016.

⁵ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DO n.º L 183 de 8.7.2016.

⁶ P. Jiménez Blanco, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) n.º 2016/1103*, València, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 63–65.

⁷ A tal efecto, se destacan los esfuerzos del *European Group for Private International Law* y de la *European Association of Private International Law*.

⁸ Puesta de manifiesto por Crawford y Carruthers: “*As the cohort of instruments grows, there may be found both vertical and horizontal continuity of interpretation, as for example, where a provision in an applicable law instrument (‘the Rome family’) clearly derives from a provision in a jurisdiction instrument (‘the Brussels family’), and may benefit from the interpretation accorded thereto in successive jurisdiction instruments*”. E. Crawford y J. Carruthers, “Connection and

Desde este enfoque y dentro del ámbito que nos ocupa, las manifestaciones del principio de coherencia divergen en función del instrumento normativo en el que nos situamos. Si partimos de la delimitación *en* el RBI bis, nos encontramos, por el momento, ante un “principio de coherencia esencialmente interpretativo”⁹, y que en su faceta de “principio informador del plano legislativo”¹⁰, es quizás en la delimitación *entre* instrumentos donde puede alcanzar un mayor protagonismo. Esto es, si precisamos situarnos ante, por ejemplo, el RREM, observaremos que la definición de régimen económico matrimonial que proporciona, guarda correspondencia con el impacto conseguido en relación con la interpretación jurisprudencial que se ha efectuado no sobre este instrumento si no sobre el Convenio de Bruselas de 1968, lo cual nos ubica ante matices evolutivos, en función de las dimensiones de coherencia que se tomen en consideración, como sería una coherencia vertical u horizontal conceptual. A ello se suma que, la técnica argumentativa, de la que metodológicamente se sirve el TJUE, permite observar cómo persigue consolidar planteamientos continuistas o apartarse de ellos para lograr dar una respuesta con mayor o menor ímpetu a través de la casuística por y para el caso concreto.

En este contexto, el TJUE asume una difícil labor de delimitación en el marco de los litigios que pueden generarse en las relaciones familiares, con una especial mirada hacia aquellas que hacen referencia a las cuestiones patrimoniales. Para ello, distinguiremos el sendero llevado a cabo por el TJUE, en función de si estamos ante una delimitación *en* o *entre* instrumentos, prestando especial atención a la técnica argumentativa utilizada, en el que introduciremos un enfoque desde la perspectiva de la coherencia, en el que incorporaremos como referencia, a través de la revisión bibliográfica, los estudios doctrinales de (por orden cronológico)

Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, p. 2.

⁹ Sánchez Lorenzo señala que se trata de un principio esencialmente interpretativo: “En cierto sentido, el principio apunta a la necesidad de una interpretación sistemática de las distintas normas de Derecho internacional privado, que deberán ser comprendidas las unas por las otras, de forma que se garantice la unidad y la máxima eficacia de todo el sistema jurídico. Desde este punto de vista, el principio de coherencia apunta esencialmente al intérprete y, por tanto, se decanta en la jurisprudencia. De ahí que la cuestión prejudicial sea la piedra angular del principio de coherencia”. S. Sánchez Lorenzo, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70, n.º. 2, 2018, p. 19.

¹⁰ Aunque en otros ámbitos, como el de consumidores o trabajadores, su impacto también se ha traducido en su faceta de principio informador en el plano legislativo en el RBI bis al haberse introducido en la evolución del texto normativo la jurisprudencia del TJUE. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, pp. 19–20.

Crawford y Carruthers (2014)¹¹, Basedow (2016)¹², Sánchez Lorenzo (2018)¹³, Bonomi (2020)¹⁴ y Fontanellas Morell (2020)¹⁵.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* EN Y ENTRE INSTRUMENTOS

En el recorrido de la jurisprudencia del TJUE se abordan distintos aspectos que dependen de si nos encontramos ante supuestos de delimitación *en* o *entre* instrumentos, pero cuyo denominador común es que, por el momento, en ninguno de los asuntos planteados ante el TJUE en los que se cuestionan relaciones de propiedad en el contexto propiamente familiar (no sucesorio) se ha precisado el deslindar si la acción o medida controvertida se trata o no de un derecho real. Sin embargo, tal y como repara Fontanellas Morell, ello sí se ha propiciado en el contexto sucesorio en el asunto *Kubicka*¹⁶. En este asunto se cuestiona si la transmisión a los herederos y a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integran la herencia es una materia incluida en el ámbito de aplicación del RSE, como contenido o modo de transmisión de un derecho real, o es una materia que atiende a la naturaleza del derecho real y, que, por tanto, queda excluida del ámbito de aplicación material de dicho reglamento (art. 1.2 k)¹⁷. Y que, como se señala en las conclusiones del Abogado General, Maciej Szpunar, en el asunto *Registru centras*, tuvo como consecuencia que la ley controvertida en el litigio principal, la alemana, no se aplicase a la transmisión de la propiedad¹⁸.

¹¹ E. Crawford, J. Carruthers, *loc. cit.*, nota 8, pp. 1–29.

¹² J. Basedow, “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XXVI, 2016, pp. 53–77. Traducción del inglés de B.S. Jiménez Gómez.

¹³ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, pp. 17–47.

¹⁴ A. Bonomi, “Coherence and Coordination among the EU Private International Law Regulations in Family and Succession Matters”, J.J. Forner i Delaygua, A. Santos (eds.), *Coherence of scope of application: EU private international legal instruments*, Gèneve, Schulthess, 2020, pp. 27–42.

¹⁵ J.M. Fontanellas Morell, “Coherence between European Instruments of Private International Law on Matters concerning Succession and Matrimonial Property Regimes”, J.J. Forner i Delaygua, A. Santos (eds.), *op. cit.*, nota 14, pp. 121–153 y J.M. Fontanellas Morell, “La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)”, A. Serrano de Nicolás (coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 191–221.

¹⁶ STJUE, de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Kubicka*. ECLI: EU: C: 2017:755. Fontanellas Morell, “La coherencia entre...”, *loc. cit.*, nota 15, p. 205.

¹⁷ Vid. S. Álvarez González, “*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, n.º. 55, 2018.

¹⁸ STJUE, de 9 de marzo de 2023, C-354/21, *Registru centras*. Aún no publicada en la recopilación general. Conclusiones presentadas el 14 de julio de 2022, ap. 78. La ley sucesoria

En los asuntos en los que la delimitación es *en* el seno de un mismo instrumento, léase, el RBI bis y sus normas antecesoras, se ha requerido definir el alcance de qué acciones están comprendidas en la “materia de derechos reales inmobiliarios” (art. 24.1º RBI bis), para que se active o no el foro exclusivo de competencia judicial internacional, desde su introducción en el Convenio de Bruselas de 1968. Ante esta casuística, el TJUE mantiene, mediante el recurso a la metodología *building block* que, además de los aspectos relativos a la acción, esta debe estar comprendida en su ámbito de aplicación. En consecuencia, quedan expulsadas las acciones que conciernen a derechos reales que aparezcan conectados con materias excluidas de su ámbito de aplicación, como son, en lo que concierne a este trabajo, “los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable” (art. 1.2º a) RBI bis).

Pero, en ninguno de los asuntos en los que se han tratado relaciones patrimoniales de cónyuges o parejas no casadas, el TJUE se ha pronunciado sobre la necesidad de discernir si estamos ante un estatuto real o un estatuto patrimonial que se deriva del vínculo matrimonial o comparable al matrimonio. Por el momento, se ha centrado exclusivamente en determinar si la cuestión controvertida está o no excluida del ámbito de aplicación material en relación con la exclusión contenida en el art. 1.2º a) RBI bis. Si bien, cabe ahora señalar, para retomarlo un poco más adelante, que dicha oportunidad se brinda en el asunto *Iliev*¹⁹, en el que precisamente, una de las críticas que ha recibido el TJUE, es que no lo afronta en su posicionamiento por no ser la cuestión controvertida una acción de división de cosa común que afecta a un derecho real inmobiliario, como sucedía en el asunto *Virpi Komu*²⁰, si no a un bien mueble.

Así las cosas, nos centraremos a continuación en evidenciar el recorrido del TJUE que se inicia en la delimitación *en* (léase RBI bis e instrumentos antecesores) y cuyos retos alcanzan una necesaria delimitación *entre* instrumentos, desde ese enfoque de técnica argumentativa y de coherencia que va interrelacionándose y que hemos anticipado en la introducción²¹,

elegida por el causante es la ley polaca y la ley alemana, es la ley del lugar de situación del inmueble hereditario y del registro territorial, que gobierna los aspectos reales y registrales que conciernen en el asunto, pero no la transmisión *mortis causa* que está sujeta a la ley sucesoria.

¹⁹ ATJUE 14 de julio de 2017, C-67/17, *Iliev*. ECLI: EU: C. 2017:459. Vid. D. Looschelders, “Internationale Zuständigkeit für die Auseinandersetzung von Miteigentum bei ehgüterrechtlichem Bezug”, *IPRax*, 38, nº. 6, 2018, pp. 591-594.

²⁰ STJUE 17 de diciembre de 2015, C-605/14, *Virpi Komu*. ECLI: EU: C. 2015:833. Vid. J.M. Fontanellas Morell, “La actio communi dividundo en el Reglamento «Bruselas I»” (STJUE 17 de diciembre de 2015, Asunto C-605/2014: *Virpi Komu*, *Hanna Ruotsalainen* y *Ritva Komu c. Pekka Komu* y *Jelena Komu*”, *La Ley: Unión Europea*, nº. 37, 2016.

²¹ Basedow señala que: “la coordinación de las normas relativas a la competencia y la ley aplicable es, sin embargo, esencial en los casos en los que las normas especiales sobre la

para después poder examinar en los epígrafes que siguen en este trabajo los aspectos más concretos que aparecen en la delimitación *en* y *entre* instrumentos.

III. LA DELIMITACIÓN *EN* Y *ENTRE* INSTRUMENTOS DESDE UN ENFOQUE DE TÉCNICA DE ARGUMENTACIÓN Y DE COHERENCIA

El punto de partida con el que contamos para tratar los litigios patrimoniales que surgen de una relación matrimonial o pareja no casada es la delimitación *en* el RBI bis, en atención al juego que ha planteado ante el TJUE la exclusión de su ámbito de aplicación *ratione materiae* contenida en el art. 1.2º.a) RBI bis.

El alcance de esta exclusión, en relación con los “régimenes matrimoniales”, fue prontamente abordada en el Convenio de Bruselas de 1968, en el asunto *de Cavel I*²², cuya jurisprudencia ha sido seguida por el TJUE, nuevamente, a través de la metodología *building block*. Es decir, se observa cómo, hasta el momento, en la delimitación *en* un mismo instrumento y en sus sucesivas versiones, se apuesta por un desarrollo en bloque de repetición de argumentos y frases utilizadas desde el caso que se considera como precedente o *topoi* (*de Cavel I*)²³, como una fórmula que facilita pronunciamientos continuistas²⁴ y que, a su vez, permite no tener que entrar a valorar o vislumbrar los efectos sobre los interrogantes que se generan en torno a una delimitación *entre* instrumentos. Y, en atención a las “relaciones con efectos comparables al matrimonio”, en el asunto *Weil*²⁵, nos situamos ante un supuesto en el que esta concreta exclusión aún no se contemplaba en el art. 1.2º.a) RBI, a pesar de que la cuestión prejudicial se

competencia o la legislación aplicable se han puesto en marcha a causa de una especial preocupación sustantiva. Cuando, por ejemplo, se establece la competencia exclusiva en los litigios relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual o de los bienes inmuebles”, J. Basedow, *loc. cit.*, nota 12, p. 68.

²² STJCE 27 de marzo de 1979, C-143/78, *de Cavel I*. ECLI: EU: C: 1979:83.

²³ Que se define como la temprana decisión que viene siendo tomada como referencia con posteridad, resultando ser el precedente una importante herramienta que utiliza el TJUE para argumentar y justificar sus decisiones. R. Cippitani, “Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia y el derecho a la libre circulación de los familiares nacionales de países terceros”, *Revista electrónica. Cátedra Jean Monnet*, nº. 2, 2014, p. 33.

²⁴ G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 168-171.

²⁵ STJUE 6 de junio de 2019, C-361/18, *Weil*. ECLI:EU:C: 2019:473. *Vid.* D. Marín Consarnau, “Ámbito de aplicación *ratione temporis* y *ratione materiae* del Reglamento (CE) 44/2001 vs. Reglamento (UE) 1215/2012: resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada. STJ 6 de junio de 2019, C-361/18: *Weil*”, *La Ley Unión Europea*, nº. 77, 2020.

centraba, de forma errónea (en atención al ámbito de aplicación temporal), en el RBI bis, disipándose la oportunidad de obtener un pronunciamiento del TJUE que hilvane el tejido de preguntas y respuestas hacia el camino de la delimitación *entre* instrumentos desde la perspectiva del ámbito de aplicación material en los distintos reglamentos de DIPr de la UE que entran en juego, léase, entre RBI bis y RRPUR.

Adentrándonos en la óptica del principio de coherencia, las exclusiones del ámbito de aplicación material en el RBI bis precisan tratarse, en un inicio, desde una modalidad concreta de coherencia, que en terminología ya consolidada, se conoce como coherencia vertical²⁶, y que es la que da respuesta a normativas que se van sucediendo en el tiempo sobre una misma materia²⁷, léase, en este caso, CB 68, RBI y RBI bis. Modalidad que recoge la segunda parte del considerando 34 RBI bis al advertir que: “(...)”. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 y de los Reglamentos que lo sustituyen por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸.

Si bien este es el escenario inicial, la aprobación (en 2016) y aplicación plena (en 2019) de reglamentos que abarcan cuestiones de Derecho internacional privado sobre regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales de las uniones registradas, revelan que es insuficiente abordar la delimitación *en* desde una perspectiva de coherencia vertical *stricto sensu* (lo cual ya ha sucedido en el ámbito sucesorio como ya hemos apreciado).

Este panorama nos compele a situarnos en otras dimensiones de coherencia, y que necesariamente nos conducen al planteamiento de la delimitación *entre* instrumentos y que nos traslada a la coherencia horizontal²⁹, y que es aquella que recae en las distintas regulaciones

²⁶ Basedow advierte que la coherencia vertical tiene un sentido histórico en los países de *common law* a través del precedente. J. Basedow, *loc. cit.*, nota 12, p. 55. Modalidad que, por otra parte, encaja con la metodología *building block*.

²⁷ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, p. 21; A. Bonomi, *loc. cit.*, nota 14, p. 30 y J.M. Fontanellas Morell, “La coherencia entre...”, *loc. cit.*, nota 15, p. 194.

²⁸ Así lo indican expresamente Crawford y Carruthers: “This encompasses two aspects of vertical continuity: first, the temporal scope of application of each succeeding instrument, including transitional provisions, and, secondly, judicial interpretation of the instrument where an identical or similar form of words is found in succeeding instruments. Vertical continuity in the second sense is readily seen in the evolution of jurisdictional provisions from the 1968 Brussels Convention through the Brussels I Regulation to Regulation 1215”. E. Crawford, J. Carruthers, *loc. cit.*, nota 8, p. 3.

²⁹ Basedow advierte que los esfuerzos de la Comisión europea van dirigidos principalmente hacia la coherencia horizontal. J. Basedow, *loc. cit.*, nota 12, p. 55. Ello tiene sentido en la atención que debe prestarse al principio de coherencia como “principio informador en el plano legislativo previo” que señala S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, pp. 19-20.

sectoriales por razón de materia, pero que están relacionadas entre sí³⁰. Como, por ejemplo, sería si estamos ante la necesidad de discernir si una determinada acción compete al régimen sucesorio por causa de muerte o al régimen económico matrimonial, que ha sido puesta de relieve en el asunto *Mahnkopf*³¹, y que retomaremos un poco más adelante. Ello tensionaría, en el contexto de los instrumentos de DIPr de la UE, desde un punto de vista de coherencia horizontal, el ámbito de aplicación material del RSE y del RREM o del RBI bis y del RREM/RRPUR en un caso que, a modo de lo que sucedió en el asunto *Kubicka*, precisara aclararse, en función de la interpretación autónoma que realiza el TJUE en sede de cada instrumento, si estamos ante un estatuto real o patrimonial matrimonial o comparable (retomaremos las cuestiones sobre esta última terminología en el epígrafe final de este trabajo).

Pero no todo acaba aquí. No quisiéramos dejar de señalar aspectos relacionados con otra vertiente de la coherencia y que es la denominada coherencia transversal, acuñada por Sánchez Lorenzo, y que atañe a textos normativos que se consideran interdependientes y que han sido adoptados por organismos distintos³². Por ejemplo, entre el Reglamento (UE) 2019/1111 (RBII ter)³³ y el Convenio de la Haya de 1996³⁴. Podría considerarse que una manifestación, un tanto funcional, de dicha coherencia transversal alcanza entreverse en el considerando 92 RBII ter. De hecho, ya con RBII bis, como también aprecia Fontanellas Morell, el TJUE ha tenido la oportunidad de interpretar el ámbito de aplicación material entre instrumentos desde una perspectiva de coherencia horizontal, abordando al mismo tiempo aspectos de coherencia transversal, como sucede, por ejemplo, en el asunto *Matoušková*, cuando para ello acude en pro a favorecer a su argumento al Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1996³⁵.

³⁰ E. Crawford, J. Carruthers, *loc. cit.*, nota 8, p. 3; S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, p. 21 y J.M. Fontanellas Morell, "La coherencia entre...", *loc. cit.*, nota 15, p. 194.

³¹ STJUE, de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*. ECLI:EU:C: 2018:138. *Vid.* J.M. Fontanellas Morell, "Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C-558/16: *Mahnkopf*", *La Ley: Unión Europea*, nº. 61, 2018.

³² S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, nota 9, p. 22. También, en esta línea, J.M. Fontanellas Morell, "La coherencia entre...", *loc. cit.*, nota 15, pp. 194-195.

³³ Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DO L 178/1 de 27.2019.

³⁴ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE 2.12.2010.

³⁵ J.M. Fontanellas Morell, "La coherencia entre...", *loc. cit.*, nota 15, p. 200, nota 36. STJUE 6 de octubre de 2015, C-404/14, *Matoušková*. ECLI: EU: 2015:653, ap. 32. *Vid.* A. Font i Segura, "Competencia para autorizar un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en

A mayor abundamiento, y en relación con otra dimensión de la coherencia transversal, aunque más desdibujada, pero sin llegar tampoco a ser tratada como una cuestión de coordinación³⁶, esta puede manifestarse aun cuando el instrumento normativo de la UE está influenciado por otra norma que nunca ha entrado en vigor, o que no ha entrado en vigor para el común de los Estados miembros. Esto es, en el ámbito concreto de este trabajo, la interdependencia entre el RREM/RRUPR y el Convenio de la Haya de 1978, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, pero cuya influencia, a diferencia de lo tratado hasta el momento, sería en el desarrollo de la regulación de la ley aplicable, pero no en cuanto a la definición del concepto de régimen económico matrimonial, puesto que no se contempla en el Convenio³⁷. Advierte Fontanellas Morell al introducir esta interesante visión que ha acogido, que más que hablar de coherencia transversal para estos casos, debiéramos hablar de “influencia transversal”³⁸.

Una vez identificadas las cuestiones de técnica argumentativa y de coherencia que surgen en la delimitación *en* y *entre* instrumentos en atención al ámbito material, a continuación, centraremos, ahora sí, nuestra atención en los siguientes epígrafes a exponer la senda seguida por el TJUE.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LOS “REGÍMENES MATRIMONIALES”: DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968 AL REGLAMENTO (UE) 1215/2012

La jurisprudencia del TJUE, en relación con la exclusión del ámbito de aplicación material del RBI bis respecto a los “regímenes matrimoniales”, ha constatado que las cuestiones patrimoniales que surgen de una relación matrimonial están excluidas del RBI bis, mientras que las que están generalmente disponibles independientemente del matrimonio sí entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

Esta exclusión, como indican Rogerson y Mankowski, no tiene un abordaje relativamente fácil, ya que, como es sabido, los conceptos de derechos patrimoniales derivados de una relación matrimonial son desconocidos en algunos Estados miembros y se interpretan de forma

representación e interés de unos herederos menores de edad”, *La Ley: Unión Europea*, nº. 35, 2016.

³⁶ A. Bonomi, *loc. cit.*, nota 14, pp. 29–31, en su preocupación por diferenciar la coherencia de la coordinación.

³⁷ Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales. Dicho Convenio sí entró en vigor para Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, y que, a su vez, son Estados miembros participantes de la cooperación reforzada del RREM.

³⁸ J.M. Fontanellas Morell, “La coherencia entre...”, *loc. cit.*, nota 15, p. 199.

diferente en otros³⁹. Dificultad, advertida, a su vez, por el Abogado General, Warner, en las conclusiones del asunto *de Cavel I*⁴⁰. No obstante, la lógica de la doctrina que emana en *de Cavel I* permite al Tribunal de Luxemburgo bordear dicha complejidad cuando estamos ante supuestos de delimitación en el mismo instrumento.

Tanto es así que, años después, se observa cómo se revela para el TJUE una cuestión aparentemente “sencilla” el delimitar el ámbito de aplicación material con relación a las cuestiones vinculadas al régimen matrimonial en sede del RBI y RBI bis, sin llegar a asumirse con carácter expreso la propuesta de presunción *iuris tantum* del Abogado General, Warner. En sus conclusiones, en aras a no menoscabar el objetivo del CB 68, acoge como una de las soluciones, que se presuma que una resolución relativa a un litigio sobre bienes entre cónyuges quede fuera de su ámbito de aplicación, a menos que, a la vista de dicha resolución, la autoridad pueda constatar que este no es el caso. Si bien, esta no es la postura que recoge el Tribunal de Luxemburgo con carácter explícito, lo cierto es que la estructura de los criterios mediante los cuales dibuja los contornos del concepto de “régimen matrimonial” como materia excluida, conducen a evidenciar que serán difíciles los litigios entre cónyuges relativos a bienes en los que el vínculo matrimonial no tenga ninguna relevancia que conlleve a afirmar que la pretensión sí esté incluida en el ámbito de aplicación material del CB 68.

Esta aparente sencillez se observa en el Auto pronunciado en el asunto *Iliev* y en la STJUE en el asunto *Weil*, prescindiéndose en ambas resoluciones del diálogo por escrito entre el TJUE y el Abogado General. No hay conclusiones de este último, indicándose que no existe un elemento de novedad o de falta de claridad que precise de ello. Así se revela en el Auto en el asunto *Iliev*, al señalar que, con arreglo al art. 99 de su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial puede deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Y, en la Sentencia en el asunto *Weil*, advierte que, de acuerdo con lo establecido en el art. 20 del Estatuto por el cual se rige el TJUE, si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, el Tribunal de Justicia puede decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin sus conclusiones.

Veamos a continuación la línea de esta doctrina. Como es conocido, el Tribunal de Luxemburgo, ha declarado en diversas ocasiones que el

³⁹ P. Rogerson, P., Mankowski, “Art. 1 Brussels I bis/ Scope of application”, U. Magnus, P. Mankowski, *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Commentary*. Brussels I bis Regulation, vol. I, 2ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2023, p. 66.

⁴⁰ Presentadas el 22 de febrero de 1979. ECLI: EU: C: 1979:50.

concepto de materia civil y mercantil es un concepto autónomo⁴¹ y que debe interpretarse de manera amplia⁴², mientras que las exclusiones del ámbito de aplicación material constituyen excepciones que han de interpretarse estrictamente⁴³.

El asunto *de Cavel I* brinda al Tribunal de Luxemburgo la oportunidad de pronunciarse sobre un concepto autónomo de “régimen matrimonial” en el ámbito de exclusión del Convenio de Bruselas de 1968 e indica que este: no sólo comprende los regímenes económicos concebidos específicamente y exclusivamente por determinadas legislaciones nacionales con vistas al matrimonio, sino que también alcanza todas las relaciones patrimoniales que resultan “directamente”⁴⁴ del vínculo conyugal o de su disolución, estableciendo a su vez un triple categoría de litigios sobre los bienes de los cónyuges que, en un proceso de divorcio, pueden, afectar o estar estrechamente vinculados con 1) las cuestiones relativas al estado de las personas; 2) las relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges que resultan “directamente”⁴⁵ del vínculo conyugal o de su disolución; 3), las relaciones jurídicas patrimoniales existentes entre los cónyuges, pero sin relación con el matrimonio, resultando ser estas últimas las únicas— y, las que menos⁴⁶— que pueden entenderse incluidas en el ámbito de aplicación material CB68⁴⁷. En atención a ello, cabrá estar no a la naturaleza de la pretensión sino a su objeto⁴⁸. En consecuencia, las medidas provisionales que se pretendían en el asunto de *Cavel I*; el precinto de los muebles que se encuentran dentro de un apartamento situado en Francia en el transcurso del divorcio de dos cónyuges alemanes, con independencia que fueran consideradas provisionales o definitivas, para el Tribunal de Luxemburgo no están comprendidas en el supuesto 3), y, por tanto, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968.

A partir de aquí la casuística ante el TJUE va confirmando la doctrina, con mayor prudencia en argumentar la interpretación en sus inicios, hasta llegar al asunto *Iliev*.

⁴¹ STJCE 14 de octubre de 1976, C- 29/76, *Eurocontrol*. ECLI:EU:C:1976:137, ap. 3 *in fine*.

⁴² STJUE 10 de septiembre de 2019, C 292/08, *German Graphics*. ECLI: EU: C: 2009:544, ap. 23.

⁴³ STJUE 23 de octubre de 2014, C 302/13, *flyLAL–Lithuanian Airlines*. EU: C: 2014:2319, ap. 27.

⁴⁴ El entrecomillado es nuestro para enfatizar y cuya cuestión retomaremos al introducir el asunto *Iliev* y la definición de régimen económico matrimonial en el RREM.

⁴⁵ De nuevo, el entrecomillado es nuestro para enfatizar en relación con lo expuesto en la nota 44.

⁴⁶ Tal y como advierte el Abogado General, serán escasos los litigios entre cónyuges relativos a bienes en los que el vínculo matrimonial no tenga ninguna relevancia.

⁴⁷ Ap. 7.

⁴⁸ Cuestión que también se afirma en la STJCE 6 de marzo de 1980, 120/79, *de Cavel II*. ECLI: EU:C: 1980:70. Ap. 9.

o al *acte de notoriété*⁴⁴ en materia de sucesiones francesa, en las que los notarios español y francés sí que ejercen funciones jurisdiccionales y deben ser considerados tribunales a tales efectos. Empero, son sustanciales las particularidades que los diferencian.

En primer lugar, tanto la declaración de herederos como el *acte de notoriété*⁴⁵ fueron creados precisamente para probar la cualidad de heredero en los procesos *mortis causa*. De forma diametralmente opuesta, el *atto di notorietà* es un instrumento del Derecho civil italiano destinado a probar la notoriedad de uno o varios hechos, junto al testimonio de dos testigos, pero privado de eficacia probatoria en el ámbito de las sucesiones, tanto por la más autorizada jurisprudencia, como por la doctrina civilista italiana⁴⁶.

En segundo lugar, la declaración de herederos y el *acte de notoriété* fueron revestidos de valor probatorio en sus sistemas sucesorios respectivamente, configurándose como documentos públicos de índole sucesoria para probar fehacientemente la cualidad de heredero. El valor probatorio de estos instrumentos los hace asemejarse en cuanto a fuerza y efectos a una resolución judicial, cumpliendo, por ende, con lo dispuesto en el art. 3.2º letra b) del RES. No así el *atto di notorietà*, que siendo privado de eficacia probatoria, y disfrutando en el mejor de los casos de valor indiciario, no existe posibilidad de que posea efectos análogos al, por ejemplo, *certificato di eredità*, que se trata de una resolución expedida por un órgano judicial.

oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-STJUE/#conclusiones (último acceso 27/09/2023); I. Calvo Vidal, "La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *El Notario del Siglo XXI*, nº 54 (marzo-abril de 2014), pp. 144-147. Acceso disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-54/academia-matritense-del-notariado/3700-la-competencia-notarial-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones>. Igualmente: J.M. Fugardo Estivill (dir.), *Extranjería: función notarial y Derecho documental*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 207-260.

⁴⁴ Sobre el *acte de notoriété* francesa vid. J.M., Fugardo Estivill: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 583-587. Vid. igualmente: P.M. Melgarejo Cerdón, *Sobre la competencia del notario francés en la expedición del acte de notoriété en las sucesiones transfronterizas de la UE*, Valencia, Tirant Lo Blanch (en prensa).

⁴⁵ Fue en el año 2001, con la reforma introducida por la Ley de 3 de diciembre de 2001/1135 (*JORF* nº 281 du 4 décembre 2001), cuando el *acte de notoriété* quedó apuntalado en el ordenamiento jurídico francés como el instrumento básico -junto al testamento- de las sucesiones tanto legítimas como testamentarias, operando como un certificado sucesorio nacional dotado de plena eficacia jurídica.

⁴⁶ Vid. apartado II, punto primero de este trabajo referente al *atto di notorietà*.

en una manifestación de coherencia vertical en ese momento, a partir de la aprobación y aplicación del Reglamento (CE) 4/2009⁵⁵, podría traducirse, dado el caso, en una cuestión de coherencia horizontal entre el RBI bis, el Reglamento (CE) 4/2009 e incluso el Reglamento (CE) 2016/1103, que precisaría recurrir a la jurisprudencia emanada desde una perspectiva de coherencia vertical, que podría describirse como conceptual⁵⁶, lo cual evidencia que el avance en la regulación de instrumentos de DIPr de la UE provoca una lógica compleja de segmentos en relación con las modalidades de coherencia, según hayan sido catalogadas.

Treinta y ocho años después, en el asunto *Iliev*, en el que se discute la competencia judicial internacional en relación con la acción de partición de un bien mueble (un automóvil adquirido por uno de los cónyuges cuando el matrimonio residía habitualmente en un Estado miembro distinto al que se pronuncia sobre el divorcio), responde, para el TJUE, sin lugar a dudas, de manera clara y sucinta, a la segunda categoría; relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges que resultan directamente de la disolución del vínculo matrimonial, quedando fuera del ámbito de aplicación material del RBI bis⁵⁷. El TJUE también indica, vislumbrando así ciertas consecuencias con respecto a la delimitación entre instrumentos, que dicha acción tampoco está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003 (RBII bis). En aquel momento no se había aprobado el RREM, con lo que no podemos dejar de apuntar que hubiera sido de lo más interesante, que un asunto como *Iliev* hubiera llegado a plantearse más adelante, para haber podido disponer de una aclaración como la que se aporta en relación con el RBII bis, teniendo en cuenta además que el TJUE sí se remite al RREM para reforzar su argumento en el asunto *Mahnkopf*⁵⁸.

⁵⁵ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DO L* nº. 7, de 10 de enero de 2009.

⁵⁶ A tal efecto, Fontanellas Morell introduce la influencia vertical conceptual al referirse a la interdependencia con respecto a normas que no han entrado en vigor. J.M. Fontanellas Morell, "La coherencia entre...", *loc. cit.*, nota 15, p. 200, nota 35. Bajo esta idea nos planteamos la posibilidad de, en una comprensión matizada y evolutiva de las modalidades de coherencia, que en el terreno de la coherencia vertical adoptemos también aquella que afecta a la interdependencia de conceptos y que especialmente impacta en el ámbito de aplicación material de las normas.

⁵⁷ Aps. 28 a 29.

⁵⁸ Ap. 41.

V. DISOLUCIÓN DE LA COPROPIEDAD INDIVISA Y LIQUIDACIÓN DE UN BIEN
ADQUIRIDO DURANTE EL MATRIMONIO ¿ESTATUTO REAL O MATRIMONIAL?

Sobre esta cuestión, seguimos moviéndonos en términos de coherencia vertical en la delimitación *en* y de coherencia horizontal en la delimitación *entre* instrumentos, debiendo focalizar nuestra atención en los asuntos *Virpi Komu*, *Iliev* y *Mahnkopf*. Sigue así cumpliéndose la necesaria interacción de las diferentes modalidades de coherencia que aparecen en la casuística a la que se precisa que el TJUE ofrezca una respuesta, en la faceta esencialmente interpretativa del principio de coherencia, que acaba impactando en la delimitación *en* y *entre* instrumentos como principio informador del plano legislativo.

La conexión entre el asunto *Virpi Komu* y el asunto *Iliev* estriba en que estamos ante acciones en las que puede cuestionarse si estamos ante un estatuto real. Sin embargo, no se discute en ambos asuntos. Ello solamente ocurre en el asunto *Komu*, en relación a un litigio entre los copropietarios domiciliados en Finlandia sobre unos bienes inmuebles ubicados en España (Torrevieja, Alicante), en el que Tribunal de Luxemburgo concluye afirmando que sí lo es, resultando ser exclusivamente competentes los tribunales españoles, por ser los tribunales del Estado miembro en el que se encuentra el inmueble⁵⁹. La técnica argumentativa del TJUE es remitirse a la doctrina en *building block* a la jurisprudencia anterior en la que justifica la finalidad del *forum rei sitae* como criterio de competencia exclusiva en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, por ser los tribunales del Estado miembro mejor situados, debido a su proximidad física, para obtener una buena conocimiento de los hechos y de las normas y costumbres pertinentes a aplicar y que son generalmente las del Estado en el que se encuentra el bien inmueble⁶⁰.

Sin embargo, en el asunto *Iliev*, recordemos, la cuestión se centra en si, en el supuesto de liquidación, una vez se ha producido el divorcio, de un bien mueble, estamos en el ámbito de aplicación *ratione materiae* en relación con la exclusión de los “régimenes matrimoniales” del RBI bis, en el que indica que el litigio está comprendido en los régimenes de propiedad matrimonial que resultan directamente de la disolución del matrimonio, y, por tanto, excluido del ámbito de aplicación del referido instrumento.

⁵⁹ Vid. J.M. Fontanellas Morell, “La actio communi dividundo ...”, *loc. cit.*, nota 20.

⁶⁰ Ap. 25, en relación con STJUE, C-438/12, *Weber*, C-438/12, EU:C:2014:212.

Ahora bien, lo que sucintamente se expresa en el asunto *Iliev*, sirviéndose de la coherencia vertical entre instrumentos aludiendo al considerando 34 RBI bis, y sin abordar la cuestión desde la perspectiva de los derechos reales en atención a la acción de división de cosa común, no debe dejarnos indiferentes. Si la acción hubiera afectado a un bien inmueble, la controversia podría haberse suscitado desde un planteamiento similar al del asunto *Virpi Komu*, en el que el TJUE hubiera debido situarse en si la acción está o no comprendida en el concepto de “derechos reales sobre bienes inmuebles”. Aunque, recordemos, a su vez, que la acción debe estar comprendida en el ámbito de aplicación del instrumento normativo⁶¹. Si bien, a partir de aquí, nuevamente la cuestión se hubiera centrado en la discusión sobre el ámbito de aplicación, lo cierto es que así el TJUE, sin que a ello le obligue la cuestión prejudicial planteada, bordea el no tener que afrontar la no existencia de una regla específica en el RBI bis (ni en sus normas antecesoras) sobre unos criterios de competencia para los derechos reales sobre bienes muebles, ni tampoco, por razón temporal, abordar la situación con respecto a la relación con el RREM.

Cuestión última que sí encara en el asunto *Mahnkopf*, precisamente para, como ya se ha advertido, reforzar su argumento, en un supuesto en el que el TJUE debe pronunciarse sobre si una cuestión está incluida dentro del ámbito de aplicación del RSE o es una cuestión que atañe al régimen económico matrimonial, y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación del RSE (art. 1. 2 d), en la que, además, sin resultar aplicable aún el RREM realiza una referencia a este instrumento en un esfuerzo por justificar su argumento desde una perspectiva de coherencia horizontal entre instrumentos, cuando aclara que el ámbito de aplicación del RREM no contradice esta interpretación, puesto que excluye la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges (art. 1. 2º.d).

En el asunto *Mahnkopf*, para el TJUE la cuestión se centra pues en determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge supérstite con respecto a los otros herederos, entendiéndose que ello se refiere con carácter principal a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial, situándose, en consecuencia, dentro del ámbito de aplicación del RSE. Nada se aprecia, respecto a su doctrina en relación con el “régimen matrimonial” mantenida en RBI bis. Ello, mediante el recurso a la técnica argumentativa de la *sufficient dissimilarity*, en la que el TJUE diferencia un asunto de otro precedente, distinguiendo los hechos del nuevo asunto en contraposición con el anterior, permitiéndole mantener una continuidad de criterios en sus

⁶¹ En crítica, D. Looschelders, *loc. cit.*, nota 19.

razonamientos aun cuando el resultado sea diferente⁶², le hubiera facilitado, si es que fuera lo deseable desde la perspectiva de la calificación autónoma⁶³, el mismo resultado.

En el asunto *Iliev*, el TJUE se enfrenta únicamente la delimitación *en* un mismo instrumento, manteniendo aparentemente la coherencia vertical en relación con la doctrina *de Cavel I*. Ello sumado al escenario de asuntos en los que la delimitación sea entre instrumentos, desde una modalidad de coherencia horizontal, tras el asunto *Mahnkopf*, que tendrá su protagonismo en pronunciamientos futuros⁶⁴, permite adentrarnos en las zonas de penumbra derivadas en el asunto *Iliev*.

Como se ha visto, en el asunto *Iliev*, el TJUE llega a la conclusión que la liquidación del patrimonio es una cuestión ligada a la disolución del matrimonio, y, que, por tanto, está excluida del ámbito de aplicación material RBI bis. No obstante, la meridiana inmediatez, con la que el Tribunal concluye, promueve que la crítica se centre en que el TJUE no entra a razonar si es una cuestión sobre el reparto de los bienes que deviene “directamente”⁶⁵ del procedimiento del divorcio. Es decir, si está conectada con carácter directo, inmediato, a la disolución del matrimonio, cuestión que estaría excluida del ámbito de aplicación del RBI bis, o si deviene de una consecuencia indirecta del divorcio, pudiéndose entonces encuadrarse en el ámbito de aplicación material RBI bis⁶⁶, situándonos en la tercera categoría que emana en el asunto *de Cavel I*.

Y es que la cuestión sobre la necesidad de una vinculación directa tampoco es baladí ya en el terreno del RREM, importante desde una perspectiva de coherencia vertical conceptual u horizontal, en el que la definición del régimen económico matrimonial 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), deriva de la jurisprudencia emanada en el asunto *de Cavel I*. Como puede observarse, no se hace referencia al carácter directo que se exige con respecto al vínculo matrimonial o su disolución en el precepto, pero este carácter sí se recoge en el considerando 18 *in fine*. Al respecto, dos consideraciones. En primer lugar, cabrá cuestionarse si la terminología “como resultado del”, en la versión lingüística española, así como en las otras

⁶² En atención a esta metodología G. Beck, *op. cit.*, nota 23, R. Cippitani, *loc. cit.*, nota 24, pp. 32–36, M. Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 147–150.

⁶³ *Vid.* J.M. Fontanellas Morell, “Los derechos legales...”, *loc. cit.*, nota 31.

⁶⁴ En este sentido, *vid.* A. Bonomi, *loc. cit.*, nota 14, p. 33.

⁶⁵ Nuevamente enfatizamos utilizando el entrecomillado.

⁶⁶ D. Looschelders, *loc. cit.*, nota 19.

versiones, equivale al “que resulte directamente del”⁶⁷, tomando como referencia una dimensión de la modalidad de coherencia a caballo entre la vertical y horizontal en relación con la jurisprudencia en *de Cavel I*. En segundo lugar, y enlazando con la idea final apuntada en la observación anterior, cabe afirmar que el principio de coherencia tiene, en el ámbito que estamos tratando, un impacto en la delimitación *entre* instrumentos, pero que no eclipsa en el RREM la delimitación *en* el mismo instrumento.

VI. LA EXCLUSIÓN DE LOS “REGÍMENES QUE REGULEN RELACIONES CON EFECTOS COMPARABLES AL MATRIMONIO SEGÚN LA LEY APLICABLE”: EL CAMINO HACIA SU INTRODUCCIÓN EN EL REGLAMENTO (UE) 1215/2012

El asunto *Weil*, de nuevo, sin entrar a cuestiones que precisen delimitar si estamos ante un estatuto real o un estatuto patrimonial, ahora de las parejas no casadas, permite introducir una cuestión que, desde la delimitación *en* un mismo instrumento, a futuro, puede tener su impacto en la delimitación *entre* instrumentos, de nuevo desde una perspectiva en la que se cruzan cuestiones de coherencia vertical y horizontal. En este asunto, se pregunta al TJUE si el régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada es materia civil o mercantil, en el sentido del art. 1.1º RBI bis, o si, por el contrario, es una materia excluida de su ámbito de aplicación, teniendo en cuenta que el art. 1.2º.a) RBI bis excluye expresamente los regímenes que regulen relaciones comparables al matrimonio según la ley aplicable, señalándose por el órgano remitente, que, conforme al derecho nacional, las relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja de hecho no registrada forman parte del derecho de obligaciones. En resumen, se trata de discernir si una acción de reintegro entre los miembros de una pareja de hecho no registrada está comprendida en un régimen que regula relaciones con efectos (jurídicos) comparables al matrimonio. En consecuencia, estamos ante un supuesto de delimitación en un mismo instrumento, en el que el ámbito temporal de las normas va a ser determinante, y en el que van a planear cuestiones desde una perspectiva, en un inicio de coherencia vertical.

Centrándonos en el primer apunte, y aunque la cuestión prejudicial se centra en el RBI bis, el TJUE responde teniendo en cuenta el ámbito de aplicación material de RBI, puesto que, como hemos avanzado, el ámbito de aplicación temporal implica tener que acudir a RBI y no a RBI bis. En consecuencia, el TJUE reformula la cuestión prejudicial; si del art. 1 ap. 1 y 2 a) RBI se desprende que una acción, que tiene por objeto una solicitud de

⁶⁷ D. Looschelders, *loc. cit.*, nota 19.

disolución de las relaciones patrimoniales derivadas de una relación de pareja de hecho no registrada, está incluida en el concepto de “materia civil o mercantil” o si se trata de una materia excluida.

Y respecto al segundo apunte, esta reformulación tiene su impacto, puesto que la diferencia entre RBI y RBI bis en el ámbito *ratione materiae* es que, mientras que en RBI se excluyen únicamente los regímenes matrimoniales⁶⁸, en RBI bis esta exclusión se amplía explícitamente también a las relaciones patrimoniales que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable. En este escenario, a nuestro modo de ver, dos opciones eran posibles ante el silencio del legislador europeo en RBI, y, que, en este estadio, sigue manteniéndonos en la delimitación en el mismo instrumento desde esa óptica de coherencia vertical. Así, entre una opción de argumento *a simili* o *a contrario*⁶⁹, posición última por la que entendemos opta el TJUE, amparándose en la interpretación restrictiva a la que se encuentran sometidas las exclusiones del ámbito de aplicación material y recurriendo al apoyo que le proporciona la ampliación expresa de la exclusión material en RBI bis. De este modo, a través de una interpretación sistemática entre instrumentos, ahora respecto a RBI bis, llega a la conclusión de que entender que las relaciones patrimoniales de una pareja de hecho no registrada sí están consideradas en el ámbito de exclusión de RBI privaría de sentido a la ampliación del ámbito de exclusión más allá de los regímenes matrimoniales expresamente introducida por el RBI bis.

Finalmente, y sin ánimo de extendernos, expondremos otro aspecto a tomar en consideración y que tiene que ver con la expresión “relaciones con efectos comparables al matrimonio” que encontramos en el art. 1.2 a) RBI bis. Vaya por delante que en este cabría debatir dos cuestiones. Por un lado, la relevancia de la inclusión o no del término “jurídicos”, introduciéndose aquí elementos que afectan a una interpretación literal, a la que el TJUE no da respuesta en este asunto concreto. Tal y como pone de relieve el órgano jurisdiccional remitente, en la versión húngara del art. 1, ap. 2, letra a), RBI bis, a diferencia de otras versiones lingüísticas, la expresión “con efectos comparables al matrimonio” se tradujo por “con efectos jurídicos comparables al matrimonio”, preguntándose si debe darse más importancia al contenido de una relación de pareja de hecho no registrada o a sus efectos

⁶⁸ Justificándose en el Informe Jenard su exclusión por la disparidad de los sistemas legislativos respecto a esta materia. DO C 189/122 de 28.7.1990, No obstante, evidencia que centrarse solamente en la exclusión de los regímenes matrimoniales puede resultar muy limitado.

⁶⁹ Sostenidas en nuestro trabajo, y que ahora se trasladan al objeto de este estudio. D. Marín Consarnau, “Ámbito de aplicación *ratione temporis*...”, *loc. cit.*, nota 25.

jurídicos. La versión lingüística española no incluye el término “jurídicos”. Tampoco lo hace la versión alemana, francesa, inglesa o italiana. Sin embargo, el TJUE no entra a pronunciarse sobre ello, postergando el debate sobre una inicial y oportuna interpretación literal que permitiera coordinar las distintas versiones lingüísticas⁷⁰. Nuevamente, observamos como la vertiente lingüística suma y enriquece al abordar la problemática en la delimitación *en* y *entre* instrumentos y en el impacto en el mantenimiento de la coherencia vertical y los retos que puede plantear la coherencia horizontal.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En el sistema incompleto de DIPr de la UE sobre derechos reales la relevancia de la coherencia vertical que se predica con respecto a RBI bis parece incuestionable en la delimitación *en* este instrumento, y aquello que desde hace tiempo venía pareciendo simple, esto es a través de una coherencia vertical de mínimos, limitándose el Tribunal de Justicia al indicar, en un marco más o menos “general” lo que está incluido y lo que no, para después llevarlo a la solución del caso concreto, se torna cada vez más complejo.

Este punto de inflexión se localiza, en primer lugar, en el asunto *Iliev*, en el que llega a cuestionarse, si la vis atractiva hacia las relaciones patrimoniales entre cónyuges es tan fácilmente justificable o no lo es tanto, por dos motivos. Uno, porque no se está cuestionando un derecho real sobre un bien inmueble, con lo cual sin apartarnos del pronunciamiento en el asunto *Virpi Komu*, lo tensionamos. Y dos, porque no entra a valorarse la relación directa en el caso concreto con la disolución del vínculo matrimonial, si no que más bien se presume.

Esta última cuestión, en sede de delimitación entre instrumentos, y en relación con el objeto de la pretensión que se reclama, conduce a que la línea en la que debemos situarnos para deslindar el ámbito de aplicación material de uno y otro instrumento relacionado, evidencia que la coherencia horizontal no es una meta, si es que lo es, cuanto menos sencilla, puesto que aunque nos movamos entre conceptos autónomos, es ardua la tarea de desvincularse, por parte del operador jurídico, que parte de categorías muy

⁷⁰ En referencia a las cuestiones de coherencia en las versiones lingüísticas de los reglamentos, M. Font i Mas, “Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence?”, J.J. Forner Delaygua y A. Santos, (eds.), *op. cit.*, nota 14, pp. 43-68.

arraigadas de derecho interno y que precisa entender desde la óptica de ese concepto autónomo que ha sido interpretado por el TJUE.

Así, en segundo lugar, el punto de inflexión aparece en el asunto *Mahnkopf*, en el que la vis atractiva hacia las relaciones patrimoniales ya no es tan atrayente y, esto sin lugar a dudas, tendrá sus consecuencias. Las siguientes paradas pueden ser: delimitación entre instrumentos en el que uno de los reglamentos protagonistas sean RREM/RRPUR en relación con el RSE, tras el asunto *Mahnkopf*, el RREM con el RBI bis, tras el asunto *Iliev*, y el RRPUR con el RBI bis, tras el asunto *Weil*. *Mind the gap*.

BIBLIOGRAFIA

- Álvarez González, S., “*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, nº. 55, 2018.
- Arenas García, R., “Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19”, *La Ley Unión Europea*, nº. 89, 2021.
- Basedow, J., “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, 2016, pp. 53–77. Traducción del inglés de B.S. Jiménez Gómez.
- Beck, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Portland, Hart Publishing, 2012.
- Bonomi, A., “Coherence and Coordination among the EU Private International Law Regulations in Family and Succession Matters”, Forner i Delaygua, J.J., Santos, A. (eds.), *Coherence of scope of application: EU private international legal instruments*, Gèneve, Schulthess, 2020, pp. 27–42.
- Borrás, A., “Sentencia de 27 de febrero de 1997, Asunto C-220/95, Antonius van den Boogaard c. Paula Laumen”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº. 4, 1997, pp. 1158–1162.
- Cippitani, R., “Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia y el derecho a la libre circulación de los familiares nacionales de países terceros”, *Revista electrónica. Cátedra Jean Monnet*, nº. 2, 2014, pp. 8–41.
- Crawford, E., Carruthers, J., “Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, pp. 1–29.
- Font i Mas, M., “Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence?”, Forner i Delaygua, J.J., Santos, A. (eds.), *Coherence of scope of application: EU private international legal instruments*, Gèneve, Schulthess, 2020, pp. 43–68.
- Font i Segura, A., “Competencia para autorizar un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad”, *La Ley Unión Europea*, nº. 35, 2016.
- Fontanellas Morell, J.M., “Coherence between European Instruments of Private International Law on Matters concerning Succession and Matrimonial Property Regimes”, Forner i

- Delaygua, J.J., Santos, A. (eds.), *Coherence of scope of application: EU private international legal instruments*, Gèneve, Schulthess, 2020, pp. 121–153.
- Fontanellas Morell, J.M., “La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)”, Serrano de Nicolás, A. (coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 191–221.
- Fontanellas Morell, J.M., “Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C-558/16: Mahnkopf”, *La Ley Unión Europea*, nº. 61, 2018.
- Fontanellas Morell, J.M., “La actio communi dividundo en el Reglamento “Bruselas I”: STJUE de 17 de diciembre de 2015, Asunto C-605/2014: Virpi Komu, Hanna Ruotsalainen y Ritva Komu c. Pekka Komu y Jelena Komu”, *La Ley Unión Europea*, nº. 37, 2016.
- Forner Delaygua, J.J., “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. – CB: arts. 1.º–2 y 42.– Ámbito material: Régimen económico matrimonial y alimentos. – Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973: art. 23”, *REDI*, vol. L, nº. 1, 1998, pp. 298–302.
- Jacob, M., *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- Jiménez Blanco, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) nº 2016/1103*, València, Tirant lo Blanch, 2021.
- Looschelders, D., “Internationale Zuständigkeit für die Auseinandersetzung von Miteigentum bei ehgüterrechtlichem Bezug”, *IPRax*, 38, nº. 6, 2018, pp. 591–594.
- Marín Consarnau, D., “Ámbito de aplicación ratione temporis y ratione materiae del Reglamento (CE) 44/2001 vs. Reglamento (UE) 1215/2012: resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada. STJ 6 de junio de 2019, C-361/18: Weil”, *La Ley Unión Europea*, nº. 77, 2020.
- Rogerson, P., Mankowski, P., “Art. 1 Brussels I bis/ Scope of application”, Magnus, U., Mankowski, P., *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Commentary. Brussels I bis Regulation*, vol. I, 2ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2023, pp. 50–79.
- Sánchez Lorenzo, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70, nº. 2, 2018, pp. 17–47.

Varia

Recibida: 5 septiembre 2023

Aceptada: 9 octubre 2023

Cultural diversity as a test bench for the future of private international law: What legal treatment for Islamic institutions in Europe?

Diego ZANNONI

SUMARIO: I. Introduction. II. Islamic law and codification. III. Discrimination based on sex and religion. IV. Islamic law and freedom of religion. V. Resizing public policy. VI. Adaptation. VII. The connecting factor. VIII. Final remarks.

ABSTRACT: The possible reception of certain Islamic legal institutions in European legal systems – for instance polygamy and repudiation – may clash with the fundamental rights and values enshrined in the European Convention on Human Rights. Two opposite interests are at stake here: on the one hand, protecting the legal and cultural identity of the forum State and, on the other, respecting the diversity of other legal systems. Neither of these needs can be taken to the extreme. To consider diversity as such a ground for incompatibility would lead to clashes between civilisations and would ultimately be detrimental to the continuity of the legal status of persons. Unconditional adherence to openness and respect for foreign legal systems might lead to legitimising more or less disguised forms of oppression of vulnerable subjects in the name of respect for cultural diversity. This contribution clarifies whether and how it is possible to strike a balance between these opposite interests by means of private international law methods and techniques.

KEYWORDS: POLYGAMY, REPUDIATION, KAFALA, PUBLIC POLICY, CULTURAL DIVERSITY

La diversidad cultural como banco de pruebas para el futuro del Derecho internacional privado: ¿Qué tratamiento legal para las instituciones islámicas en Europa?

RESUMEN: La posible recepción de ciertas instituciones jurídicas islámicas en los sistemas jurídicos europeos –por ejemplo, la poligamia y el repudio– puede chocar con los derechos y valores fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aquí están en juego dos intereses opuestos: por un lado, proteger la identidad jurídica y cultural del Estado del foro y, por el otro, respetar la diversidad de otros sistemas jurídicos. Ninguna de estas necesidades puede llevarse al extremo. Considerar la diversidad como motivo de incompatibilidad conduciría a choques entre civilizaciones y, en última instancia, sería perjudicial para la continuidad del estatuto jurídico de las personas. La adhesión incondicional a la apertura y el respeto por los sistemas jurídicos extranjeros podría llevar a legitimar formas más o menos disfrazadas de opresión de sujetos vulnerables en nombre del respeto a la diversidad cultural. Esta contribución aclara si es posible lograr un equilibrio entre estos intereses opuestos mediante métodos y técnicas de derecho internacional privado y cómo hacerlo.

AEDIPr, t. XXIII, 2023, pp. 255–281

ISSN 1578–32138

DOI: 10.19194/aedipr.22.09

PALABRAS CLAVE: POLIGAMIA, REPUDIO, KAFALA, ORDEN PÚBLICO, DIVERSIDAD CULTURAL.

I. INTRODUCTION

In view of the growing amount of immigration into European countries in recent decades, European legislators and judges need to face ever new challenges. We are witnessing a phenomenon that has been defined as a *fait accompli* in international family relations¹, in the sense that European legislators and judges are increasingly called on to decide the validity of legal situations ‘packaged elsewhere’ which are often unprecedented or even prohibited in Europe.

In principle, each State is free to determine whether a foreign judgment deserves recognition and in which circumstances foreign law rather than the law of the forum ought to apply. In other words, it is for each State to decide whether in a given set of circumstances the rights asserted in a foreign judgment or resulting from a foreign law should be enforceable locally. In fact, the majority of States apply the national law of the person concerned to personal and family matters, for instance legal capacity and capacity to marry². The use of nationality as a connecting factor has more than one technical advantage. First of all, the operation of rules based on nationality is naturally rigid since nationality is a status objectively conferred by the rules in a State. Judicial authorities enjoy little or no discretion in ascertaining and regulating it³. International harmony and stability are further advantages. Indeed, the use of nationality as a connecting factor has the merit of ensuring the ‘cross-border continuity’ of

¹ Y. Lequette, “De la ‘proximité’ au ‘fait accompli’”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, Lextenso, 2015, pp. 481–518.

² For instance, Article 27 of Italian law no. 218 on international private law establishes that matrimonial capacity and other conditions for marrying are governed by the national law of each spouse at the time of marriage. Law no. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, 31 May 1995 (GU n.128 del 03-06-1995 – Suppl. Ordinario n. 68).

³ During the 1930s a proposal was made in the Third Reich to substitute nationality with ethnic belonging – *die Volkszugehörigkeit* – as a connecting factor. Of course, ethnic belonging gives the judge a wider margin of assessment and is less technical than nationality as it is a result of certain characteristics such as ethnicity, language, education and culture (for discussion of this proposal, see H. Müller, “Gedanken zur Neugestaltung des Internationalen Privatrechts”, *DJZ*, 1936, pp. 1065–1071, at 1067). According to Kinsch, the proposal never became effective “pour des raisons de prudence dans les relations internationales” (see P. Kinsch, “Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes”, in B. Cortese (ed.) *Essays in Honour of Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 195–203 at 197, footnote). In any case, if this proposal had become effective all ethnic Germans before the Reich’s tribunals, even if of Polish citizenship, would have been subjected to German law.

a person's rights and status, which follow the person as his shadow does. If the law of the forum were to apply, the same personal situations would be governed by different laws in different ways depending on the place where the person is. A person might be capable of contracting marriage or making a will in his place of origin and at the same time might be unable to validly perform the same acts in another place – even nearby – just because a different less favourable law applies there. Moreover, the fact that nationality is subject to few or no changes during the lifespan of most individuals implies stability in the applicable law. Finally, nationality takes into account the cultural links of a person with their State of origin better than other factors and this valorises their personal and cultural identity⁴. In fact, shaping connecting factors according to the nationality principle means favouring a multicultural and more open society. The European Court of Human Rights (ECtHR) has recognised that “especially in conflict of laws cases the differentiation for all family issues according to nationality [...] is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country”⁵, and all the more so when the legal system of origin is multi-legislative on a personal basis for historical or religious reasons or for the protection of minorities. As Savigny already pointed out at the beginning of the 19th century, law is closely connected to the culture of people, up to being its mirror: *das Recht als Kulturerscheinung*⁶. Mancini was also well aware of this when he stated: “Comment pourrait-on mettre d'accord les Lapons et les Éthiopiens pour fixer l'âge du mariage et la capacité (...) Et si, par un prodige, on pouvait obtenir ou imposer cet accord, il constituerait la plus manifeste offense aux lois nécessaires de la nature humaine”⁷. The ECtHR links pluralism with

⁴ In this sense see also E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des cours*, 1995, tome 251, pp. 13–267 at 253. In this regard, see the Resolution of the Institute of International Law ‘Cultural differences and *ordre public* in family private international law’: “respect for cultural identities has become a goal of international law, a goal which must find an expression in private international law”. Cf. Resolution of the Institute of International Law ‘Cultural differences and *ordre public* in family private international law,’ Krakow Session, 2005, Rapporteur: M. Paul Lagarde.

⁵ ECtHR, Application no. 51625/08 *Ammdjadi v. Germany*, decision as to the admissibility, 9 March 2010, p. 8.

⁶ G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914, pp. 6–7.

⁷ Cf. P.S. Mancini, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles, Rapport à l'Institut de Droit International, Geneva, 31 August 1874”, in E. Jayme (ed.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 129.

recognition of, and respect for, diversity, and sees the latter as an essential means to achieve social cohesion⁸.

In the past, the choice of nationality as a criterion for connection found justification in the aim to keep European emigrants tied to their State of origin⁹. However, European social reality has radically changed since the period when Mancini exalted the principle of nationality. With Europe rapidly becoming a continent of immigration, the use of this connecting factor entails a multiplication of situations in which European judges must apply foreign rules which are inspired by concepts either of the family or of the relationship between men and women which are very different to those on which European legislations are based¹⁰. Indeed, many people settling in European States come from countries where religious laws – above all Islamic law – are applied and where religious authorities are entrusted with exclusively administering some important aspects of social life, mainly family ones, so much so that in some States a multi-confessional legal system remains, which is therefore multi-legislative on a personal basis.

This raises a number of sensitive issues as some rules in religious law are inherently discriminatory and unavoidably cause conflicts with European legal systems. This is particularly true of Islamic law, which is the focus of the present analysis. The reverse is also true, in the sense that compatibility problems also arise when European institutions ‘ask’ to be recognised in legal systems on the other side of the Mediterranean Sea. Adoption, recognition of natural filiation by the father and marriage of a Muslim woman with a non-Muslim man clash with the principles of Sharia and have no effect in Islamic States.

Public policy (*ordre public*) is the traditional means available in all States to protect the values of the forum as they result from the national constitution ‘in osmosis’ with human rights treaties that the State of the forum is a party to¹¹. Through this exception, referral to foreign law can be

⁸ ECtHR, Application no. 44158/98, *Gorzelik and others v. Poland*, 17 February 2004, para. 92.

⁹ On political strategies underpinning the use of nationality as a connecting factor, see P. Franzina, “The Evolving Role of Nationality in Private International Law”, in A. Annoni and S. Forlati (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, New York, Routledge, 2013, pp. 193–209 at 195–197.

¹⁰ In *Schalk and Kopf v. Austria* the ECtHR observed that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may greatly differ from one society to another. See, ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 24 June 2010, para. 62; *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, Application no. 40020/03, 31 July 2012, para. 161.

¹¹ Lauterpacht argues that “in the sphere of private international law the exception of *ordre public*, of public policy, as a reason for the exclusion of foreign law in a particular case is generally – or, rather, universally – recognized [...] On the whole, the result is the same in most countries – so much so that the recognition of the part of *ordre public* must be regarded as a general principle of law in the field of private international law”. ICJ, Judgement concerning

made inoperative and recognition of foreign judgments and acts can be excluded. The centrality of this notion is therefore apparent. It works like a compass and defines the degree of openness or closure of each legal system to foreign laws, judgements and acts and thus represents the degree of tolerance of diversity which is implicit in any system of private international law. Systematic or over-frequent setting aside of foreign laws by means of the public policy exception leads to frustration of private international law, to the extent that it implies dismantling its techniques and aims and gives rise to a multiplication of those limping situations that the ECtHR itself is inclined to condemn in the name of the right to transnational continuity of personal and family status, which is protected by Article 8 ECHR. If the limit of public policy were systematically triggered, a conflict of laws would stiffen and turn into a clash of civilizations.

The terms of the problem have already been defined. On the one hand, nationality as a connecting factor takes into account the cultural links a person has with their State of origin better than other factors. On the other hand, recognising the validity of certain foreign legal acts or applying foreign laws can give rise to problems of compatibility with the fundamental values of a western forum and very often with human rights as codified in the ECHR, such as the principle of equality between spouses. Can respect for cultural diversity legitimise oppression?

This paper examines cultural diversity from a private international law perspective with reference to more than one issue. It starts by determining whether it is really possible to deal with Islamic law as a uniform and monolithic body of law. It then goes on to establish the extent to which Islamic law can be protected by freedom of religion. Limits to the use of the public policy exception are then clarified, the adaptation technique as a form of dialogue between different legal cultures is described and finally the choice of the most adequate connecting factors is discussed. All these issues reveal themselves to be crucial for a correct and balanced reception of foreign values.

II. ISLAMIC LAW AND CODIFICATION

Sharia is the sum of the principles and rules of Islam. The basic source of law in the Islamic legal tradition is the holy book of the Quran. From this

Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (*Netherlands v. Sweden*), Judgment of 28 November 1958, Separate Opinion of Judge Sir Lauterpacht, p. 92, *ICJ Reports* 1958.

source all other rules enshrined in customary practice or turned into legislation can be derived¹². This implies that the Quran is understood as a body of rules for rulers, in that it lays down the principles that should inspire legislation to be adopted and its interpretation. Immediately below the Quran, Sharia precepts are drawn from the *Sunnah*, i.e. the collection of actions and sayings of the Prophet Mohammad, with which any believer should comply in their daily life. *Qiyās* and *Istihsān* should instead be understood as methods to read Sharia rather than as sources thereof. Indeed, *Qiyās* consists in analogical reasoning which demands compliance with precedents, in that a case should be decided consistently with similar cases decided in the past. *Istihsān* is the art of departing from precedent and finding a novel way to decide a given case in the light of its particularity.

The scope of Sharia is quite wide and may in theory extend to any aspect of human life. In reality, the areas of law influenced by Sharia vary significantly from country to country. The field of contracts, for instance, is often scarcely affected by Sharia and is today almost fully shaped following the European legal tradition. However, examples may be encountered such as Saudi Arabia, where Sharia pushes its boundaries to encompass this matter too¹³.

In Muslim countries the law of family and persons, *e.g.* status, marriage, maintenance and succession, is instead always inspired by Sharia. Therefore, origin in Sharia is what unites the law of family and persons across the borders of Islamic States¹⁴. However, this uniqueness of origin does not produce uniform results. The normative solutions to specific problems adopted in different countries are significantly different and sometimes even opposite. This is easy to explain.

First, what shapes different implementations of Sharia are schools of legal thought (*Fiqh*), which offer different understandings of Islamic precepts. In the world of Sunni Islam (one of the main branches of Islam), there are the Hanafi, Māliki, Shafi'i and Hanbali schools¹⁵. Each of these schools has created

¹² On sources and methods of Islamic law, see W.B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; M.A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 32–47.

¹³ See E. Van Eijk, "Sharia and National Law in Saudi Arabia", in J.M. Otto (Ed.), *Sharia incorporated*, Leiden, Leiden University Press, 2010, pp. 139–180 at 167–168.

¹⁴ R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 2004, p. 2.

¹⁵ For an overview of the different schools, see F.-J. Pansier and K. Guellaty, *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 41–45.

its own legal jurisprudence and often proposes divergent interpretations of the principles of the Quran on points that are anything but marginal.

Second, the attitudes of national legislators codifying Sharia rules are very diverse¹⁶. This specification is particularly pertinent here because it is obvious that there is no place in European courts for the application of abstract and general Sharia. This only applies if it is part of the national legal system invoked by the private international law rule which the European court triggers.

Some Islamic States proclaim Sharia as ‘a source’ or even ‘the source’ of the national legal system or declare that all legislation must be tested for its compliance with Sharia. The paradigmatic example is Saudi Arabia, where the “constitution shall be the Book of God and the Sunnah (Traditions) of His Messenger, may God’s blessings and peace be upon him”¹⁷. Other Islamic States have taken steps to modernise their legal systems to a greater or lesser extent, in the sense that they have gradually adapted the interpretation of Sharia precepts to cope with socio-economic changes, often to the benefit of women. For instance, Tunisian law tends to merge Sharia with the European legal tradition. Statutes are inspired by Sharia, and more specifically by the Mālikī tradition, but no reference is made to it as a source of law or to fill normative voids¹⁸. Nevertheless, it may play a role whenever – in the absence of a specific provision governing a case – courts are called on to refer to customs and traditions. Moroccan family law is also heavily inspired by Sharia. Nevertheless, since the end of the last century, it has undergone several reforms aimed at promoting equality between spouses, paired with the adoption of a new family code: the *Moudawana*¹⁹. Other areas of civil law are instead shaped in accordance with the French legal tradition²⁰.

Let us take some concrete examples of different ‘implementations’ of the Quranic precept. According to Sura IV, 3, a man can have up to four wives at the same time on condition that he acts fairly towards them²¹. In some

¹⁶ On the crucial issue of the relationship between Sharia and State rules, see R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 44–49.

¹⁷ Article 1 of the Basic Law of Saudi Arabia.

¹⁸ An official French translation of the Tunisian Personal Status Code may be found at www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/73374/74946/F-1287339442/TUN-73374.pdf

¹⁹ An unofficial English translation of the statute is available at the following link: https://mrawomen.ma/wp-content/uploads/doc/Moudawana-English_Translation.pdf

²⁰ L. Buskens, “Sharia and National Law in Morocco”, in J.M. Otto, (ed.), *loc. cit.*, pp. 89–138.

²¹ ‘If you fear that you will not deal fairly with orphan girls, you may marry whichever [other] women seem good to you, two, three or four. If you fear that you cannot be equitable [to them], then marry only one, or your slave(s): that is more likely to make you avoid bias’. Sura IV, 3. The

Islamic States a man can effectively freely marry a second, third or fourth wife on his own authority and without any restrictions or formalities. However, some contemporary interpreters read Sura IV, 3 in combination with Sura IV, 129, according to which a man is unable to act fairly towards his wives even if he so desires. Therefore, according to this interpretation the exercise of polygamy is subject to a condition that God himself declares to be unfeasible. These interpreters therefore deduce that polygamous marriage is in normal cases virtually forbidden. Legislators in the majority of Islamic States rely on this combined interpretation of the Quranic text to introduce measures of deterrence and more or less invasive forms of control against the conclusion of polygamous marriages. Some States, such as Tunisia, have banned polygamy.

The Quran also contemplates and regulates in detail the man's right to repudiate his wife unilaterally at will and without having to give any reason (*talāq*)²². Although repudiation is very common in the Islamic world, regulation of it is not uniform. While in some States a man can still on his own authority cast off his wife with no or hardly any restriction²³, the majority of States strive to control and limit the use of repudiation, which by its nature makes married life unstable and insecure. They submit repudiation to authorisation or control by a judge, and in this manner they remove it from the private sphere of men²⁴. They involve wives in the procedure, or at least ensure that they are informed of their repudiation. They contemplate a right of women to be reimbursed for damages deriving from repudiation or to receive a 'consolation gift' (*mut'ah*). In a few States – for instance Tunisia – repudiation is prohibited.

translation used in this contribution is by M.A.S. Abdel Haleem, *The Qur'an*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

²² "Prophet, when any of you intend to divorce women, do so at a time when their prescribed waiting period can properly start, and calculate the period carefully: be mindful of God, your Lord. Do not make them leave their homes – nor should they themselves leave – unless they commit a flagrant indecency. These are the limits set by God – those who overstep God's limits wrong their own souls – for you cannot know what new situation God may perhaps bring about". Sura LXV, 1. On repudiation, see L. Milliot and F-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 350–383.

²³ This is the case of repudiation as practised in Jordan under the 2019 Personal Status Statute (see Article 80 and the following), where repudiation may take place merely with the husband pronouncing a specific formula, not even in the wife's presence, with no other formality required. The official text (in Arabic) of the piece of legislation is available at aliftaa.jo/ShowContent.aspx?Id=205#.Y-n2VseZOUk.

²⁴ Under the Moroccan Moudawana, repudiation is able to terminate marriage only if it is authorised preemptively by the authority, and hence when an assessment of the merits of the divorce has been made. See K. Zaher, "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009", *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 313–332.

III. DISCRIMINATION BASED ON SEX AND RELIGION

Sharia-based family and succession law is inspired by the superiority of Islam over all other religions and of men over women. It therefore discriminates on grounds of religion or sex on a number of issues. Even where national constitutions of Islamic States embrace the principle of equality, a host of particular rules in national laws and case law conflict with the principle, not to mention social practices on the ground.

First, not being Muslim is both an impediment to marrying a Muslim woman and an impediment to succession. Muslim women can only marry Muslim men. This impediment has a Quranic basis and even much reformist thought considers it insurmountable²⁵. In contrast, Muslim men can marry non-Muslim women on condition that they are ‘people of the Book,’ that is Jews or Christians²⁶. A non-Muslim woman who marries a Muslim man can continue to freely practice her religion, but her choice is not without consequences. In the case of death of her husband she has no right of succession.

A further issue is so-called *privilège de religion*. Islam is tolerant of foreign law being applied to non-Muslim foreigners. What matters is that Sharia applies to Muslims regardless of their nationality²⁷. Therefore, in the case of mixed relationships Sharia rules as codified in the *lex fori* prevail over the national law of non-Muslim foreign spouses. Along the same lines, if the foreigner is a Muslim his secular national law is set aside and he is submitted to Sharia rules, as codified in the *lex fori*. In sum, when a Muslim is involved the conflict of rules mechanism is automatically excluded and the *lex fori* applies.

As far as discrimination based on sex is concerned, modern legislators have remained faithful to the Sharia principle of supremacy of the man within the couple, even though they have tried to mitigate its most extreme manifestations²⁸. Recognition of polygamous marriages and repudiation have traditionally been the most contentious issues in Europe. As has been

²⁵ “Do not marry idolatresses until they believe”. Sura II, 221.

²⁶ “So are chaste, believing, women as well as chaste women of the people who were given the Scripture before you, as long as you have given them their bride-gifts and married them, not taken them as lovers or secret mistresses”. Sura V, 5.

²⁷ R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, op. cit., p. 1.

²⁸ See Sura IV, 34: ‘Husbands should take good care of their wives, with [the bounties] God has given to some more than others and with what they spend out of their own money’. On the relationship between husband and wife, see R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, op. cit., pp. 94–103.

mentioned, in several Islamic countries it is possible for a man to enter into marriage with more than one woman. On the contrary, a woman is never allowed to enter into marriage with more than one man²⁹. Moreover, the Quran contemplates and regulates in detail the man's right to repudiate his wife unilaterally at will and without having to give any reason (*talāq*)³⁰. This is while in traditional Sharia, women basically cannot end their marriage at will³¹. Sharia sexually discriminates in the succession of agnates: a female heir inherits half of what a male heir in a similar position would inherit and this rule is codified in the majority of Islamic countries. The roles played by fathers and mothers in raising children are precisely delimited and ultimately unbalanced. The father has the exclusive power to make decisions relating to education, access to work, marriage and the administration of a child's assets. He is the legal representative of the child. All these powers are aspects of *wilāya*, paternal authority. The mother, on the other hand, must look after, supervise and care for the child (*hadāna*). Legal reforms regarding the powers of parents over their children go in the direction of shortening the distance between *wilāya* and *hadāna*. The audacity of legislators, however, varies greatly from State to State. In the light of the above it is possible to understand why when Islamic countries ratify conventions that sanction the principle of equality between men and women they make reservations³². Precisely this disavowing of the principle of equality on a religious and gender basis represents the greatest challenge for Western pluralism.

²⁹ L. Milliot and F-P. Blanc argue that the rationale for this asymmetry was the need to ensure the certainty of paternity, which would be impossible if a woman were married with more than one man. See L. Milliot and F-P. Blanc, *op. cit.*, pp. 279–280.

³⁰ Sura LXV, 1. On repudiation, see L. Milliot and F-P. Blanc, *op. cit.*, pp. 350–383.

³¹ The Mālikī school admits that when a ground for dissolution has been proved to the satisfaction of the Mālikī qādī, he invites the husband to divorce the wife. If the husband fails to do so, the qādī pronounces the talāq on the husband's behalf. Therefore, this mode of judicial divorce is based on the legal fiction that the qādī exercises the husband's power to unilaterally divorce the wife. On judicial divorce at the initiative of the wife, see R. Shaham, "Judicial Divorce at the Wife's Initiative: The Shari'a Courts of Egypt", *Islamic Law and Society*, 1994, pp. 217–257.

³² See Declarations, reservations, objections and notifications of withdrawal of reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 10 April 2006, CEDAW/SP/2006/2. See, for example, the reservation of Saudi Arabia: "In the case of contradiction between any term of the Convention and norms of Islamic law, the Kingdom of Saudi Arabia is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention". Therefore, it is difficult to argue that the prohibition of discrimination based on sex, between spouses, and between legitimate and out of wedlock children is a customary rule. In contrast, see G. Carella, *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*, Bari, Cacucci Editore, 2011, p. 50. The interested reader may learn more from P. McDonough, *Human Rights Commitments of Islamic States*, Oxford, Hart, 2020.

IV. ISLAMIC LAW AND FREEDOM OF RELIGION

Before assessing how Europe has taken up the challenge of disavowal of the principle of equality, it is necessary to first clarify an issue. Given its origin in Sharia, in fact, doubt may arise as to whether Islamic law falls within the protection of freedom of religion in Article 9 ECHR. Of course, from the perspective of private international law a religious law is applicable as a foreign law not under the cloak of a religious law but only to the extent that it receives the label State law, in the sense that it is recognised by that State through codification or is applied by the courts of that State. However, its religious significance cannot *a priori* be neglected.

The European Commission of Human Rights clarified this issue for the first time in a case relating to the marriage capacity of a young English woman of Islamic religion³³. The applicant was a Muslim man of 21 who had undergone an Islamic marriage ceremony with a Muslim girl of 14 and a half against her father's will. The British court had charged him with abduction of the girl from the custody of the father and with sexual intercourse with a girl under the age of 16. He claimed before the European Commission of Human Rights that under Islamic law a Muslim girl may marry without her parents' consent on attaining the age of 12³⁴. Therefore, he argued that with the application of the legislation which makes it an offence to have sexual intercourse with a girl under the age of 16 he had been prevented from manifesting his religion through his marriage under Islamic law, in violation of Article 9 ECHR, which protects freedom to manifest one's religion or beliefs "in worship, teaching, practice and observance". Starting from the premise that "the term 'practice' as employed in Article 9 para. 1 does not cover each act which may be motivated or influenced by a religion or belief"³⁵, the Court rejected the applicant's argument. Indeed, "marriage cannot be considered simply as a form of expression of thought, conscience or religion, but is governed *specifically* by Article 12", which refers to the domestic law of the Member States for regulation of the right to marry³⁶. In

³³ Decision of 7 July 1986, *Khan v. United Kingdom*, Application no. 11579/85.

³⁴ According to Sharia law, every person has the capacity to get married regardless of age, including new-born children. If due to immaturity the individual is unable to decide, someone will decide for him: the marriage guardian, who is normally the father. However, modern reforms have set a minimum age for marriage and prohibited the guardian from forcing a woman into marriage. On this issue, see R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, *op. cit.*, p. 3; L. Milliot, F.-P. Blanc, *op. cit.*, pp. 286–287.

³⁵ In this sense, see also ECtHR, *Kalaç v. Turkey*, Application no. 20704/92, 1 July 1997, para. 27.

³⁶ Emphasis added. Decision of 7 July 1986, *Khan v. United Kingdom*, Application no. 11579/85, p. 255.

short, the Commission resolved this case through application of the *lex specialis* principle, which clarifies the limits of the protective umbrella of Article 9 ECHR beyond the specific case.

Some years later, the ECtHR had the opportunity to pronounce on the legitimacy of the dissolution by the Turkish authorities of a party aiming to set up a theocratic regime based on Sharia and a plurality of legal systems on the grounds of belief. The Court was quite trenchant in stating that “[i]t is difficult to declare one’s respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values”³⁷ and further added: “such a system would undeniably infringe the principle of non-discrimination between individuals as regards their enjoyment of public freedoms, which is one of the fundamental principles of democracy. A difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination”³⁸. Each Member State, so the Court continued, “may [*peut* in the French version] legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy and privileges for the male sex in matters of divorce and succession)”³⁹. At the end of the day, far from being unlimited, freedom of religion can be subject to limitations as long as they are necessary and proportional to achieve one of the legitimate aims listed in Article 9 para. 2. The verb ‘may’/‘*peut*’ used by the Court should not mislead. If foreign rules of religious inspiration are prejudicial to the ‘values of democracy’ protected by the ECHR, such as rules permitting discrimination based on gender, Member States enjoy no margin of appreciation. Indeed, it is the national

³⁷ ECtHR (Third Section), *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001, para. 72. This position was then confirmed by the ECtHR Grand Chamber in its judgment of 13 February 2003, para. 123.

³⁸ ECtHR (Third Section), *Refah Partisi*, cit., para. 70. See also the Council of Europe Resolution 2253 (2019), ‘Sharia, the Cairo Declaration and the European Convention on Human Rights’, adopted on 22 January 2019, in particular paras. 5 and 6. For this reason the proposal to elaborate a European Code of Islamic law to apply to Muslim foreigners residing in Europe should be carefully assessed. For this proposal, see F. Riad, ‘Pour un Code européen de droit musulman’, in Y. Carlier, M. Verwilghen (eds.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 379–382. For a critical stance against this proposal, see A. Mezghani, ‘Le juge français et les institutions du droit musulman’, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 721–765 at 742–744.

³⁹ ECtHR Grand Chamber, *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* case, Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003, para. 128.

court of the European State which applies the foreign law referred to through domestic private international law, with the consequence that violation of the ECHR is induced by the foreign law but is directly attributable to an act by an authority of the State of the forum, which is a party to the ECHR. Application of the discriminatory rules referred to would therefore expose the State of the forum to responsibility for violation of the ECHR⁴⁰. Not even respect for cultural diversity can justify discrimination⁴¹. Therefore, national judges shall from time to time assess whether foreign rules referred to through the connecting factor of nationality, including religious rules and rules of religious inspiration, are in contrast with the system of values contained in the ECHR, and in the affirmative if they have the power and at the same time the duty to prevent their application⁴².

V. RESIZING PUBLIC POLICY

If European judges are called on to apply legal norms which are discriminatory on a religious or gender basis, they have the public policy escape at their disposal. However, reference to public policy cannot be considered to give *carte blanche* for any measure⁴³. From the perspective of the ECHR, activation of the public policy clause is a measure interfering in individuals' rights. Therefore, each Member State is required to carefully assess the concrete impact of activation of the public policy escape on individuals on the one hand and on society on the other, and to verify whether a refusal to enforce a foreign measure or to apply a foreign law is necessary and proportionate to satisfaction of the imperative needs of the

⁴⁰ See, European Commission of Human Rights, Application n. 6482/74, *X. v. Belgium and the Netherlands*, 10 July 1975.

⁴¹ A significant consensus at the international level can be identified regarding the subordinate nature of the right to cultural identity compared to traditional civil rights. See Article 2 para. 1 of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (Paris, 2005): "cultural diversity can be protected and promoted only if human rights [...] are guaranteed". See also CCPR General Comment No. 28, Article 3 (*The Equality of Rights Between Men and Women*), 29 March 2000, para. 5: "States parties should ensure that traditional, historical, religious or cultural attitudes are not used to justify violations of women's right to equality before the law and to equal enjoyment of all Covenant rights". Finally, see Article 42 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul, 2011).

⁴² This is without prejudice to the balance to be made in terms of effects. See *infra* section V.

⁴³ ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application no. 25358/12, 27 January 2015, para. 80.

State of the forum⁴⁴: “l’interprétation par le juge [...] de la notion d’ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée”⁴⁵.

Let us take some examples. As was mentioned, in several Islamic countries it is possible for a man to enter into marriage with more than one woman. On the contrary, a woman is never allowed to enter into marriage with more than one man. This clashes with the principles of equality between men and women, and more specifically between spouses, which are respectively enshrined in Article 14 ECHR and in Article 5 of additional Protocol no. 7 to the ECHR, and with the principle of monogamy of marriage, which for instance in Italy is imposed by a rule of necessary application (Article 86 of the civil code, which requires the free status of spouses as a condition to get married)⁴⁶. Recognition of a polygamous marriage would therefore expose European States to responsibility for violation of the ECHR. There are, however, some limits to respect for a refusal to be proportional. First of all, the focus must be on the concrete situation, with the consequence that polygamous marriages are not recognisable for public policy reasons but only when they are effectively polygamous, not if they are monogamous but celebrated according to a law allowing polygamy.

Moreover, since the rationale of the public policy exception is to prevent foreign laws or judgments from producing effects in the State of the forum which are contrary to its fundamental principles, effects which are not contrary to such fundamental principles should remain safe. In particular, elimination of all the effects of a polygamous marriage could be detrimental for the weak party in the relationship, the woman. It would be unfair and disproportionate to reject the claim of a second spouse in a polygamous marriage concluded abroad seeking maintenance from her former husband after repudiation. Similarly, denial of the legitimacy of children born from a second marriage would be disproportionate in the light of the internationally sanctioned principle of the best interests of the child⁴⁷. As a

⁴⁴ ECtHR, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, Application no. 76240/01, 28 June 2007, paras. 123–124; ECtHR, *Negrepontis–Giannisis v. Greece*, Application no. 56759/08, 3 May 2011, paras. 60–61.

⁴⁵ ECtHR, *Negrepontis–Giannisis v. Greece*, *cit.*, para. 90.

⁴⁶ Article 116 of the Italian civil code makes it clear that Article 86 is a rule of necessary application since it states that “even a foreigner is [...] subject to the provisions contained in Articles [...] 86” [anche lo straniero è [...] soggetto alle disposizioni contenute negli articoli [...] 86].

⁴⁷ The ECHR does not in fact include any provision dedicated to the principle of the superior interest of children. However, pursuant to Article 31 para. 3 c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and starting with the Convention on the Rights of the Child, the ECtHR considers the principle of the superior interest of children applicable and qualifies it as paramount in cases involving children. See ECtHR, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, Application no. 76240/01, judgement of 28 June 2007, para. 133; *E.B. v. France*, Application no. 43546/02, 22 January 2008, para. 95; *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, judgment of 26 June 2014, paras. 81

result there have been doctrinal and jurisprudential efforts to draw up techniques aimed at mitigating the impact of public policy, namely the theory of the *effet atténué de l'ordre public* and exclusion of the application of public policy to preliminary questions.

By means of the theory of the *effet atténué de l'ordre public*, domestic tribunals block unwanted legal situations but not the legal effects which stem from them. The objective of this theory and its main merit are crystal clear: to achieve a compromise able to decrease the number of conflicts between legal systems and to avoid unreasonable and ultimately unfair results which might derive from automatic and trenchant refusals to recognise foreign situations clashing with fundamental values of the forum State. For instance, through the application of this notion, some if not all the legal effects deriving from a polygamous marriage can be kept if this is necessary to protect the vulnerable party. From this perspective, a polygamous marriage is merely considered a *datum*, a historic fact which produces legal effects without being recognised as a valid marriage.

Mitigation of the impact of public policy is also achieved whenever the existence of an institution which is in itself contrary to public policy – for instance a polygamous marriage – becomes relevant as a preliminary issue in legal proceedings in which the main question is another one, for instance succession⁴⁸. This seems crucial in our field whenever situations validly established according to an Islamic legal system (i.e. marriage) are not valid according to the European system, where they are required as necessary grounds for other effects. The premise of the reasoning is that resolution of a preliminary or incidental question is part of the interpretation process⁴⁹. Therefore, it does not involve insertion of any foreign rules in the legal system of the forum, and so it does not involve a public policy assessment⁵⁰. In this manner, for example, second or further wives are protected and vested with rights deriving from their marital status. Once again, this appears to be of paramount importance in the field of filiation, as it allows

and 99; *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, 26 November 2013, para. 95; *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application no. 25358/12, 27 January 2015, para. 80.

⁴⁸ This has also been defined as a 'substitution problem,' i.e. a problem inherent in replacing the term 'marriage' in the material rules applicable to the matter in question (succession, filiation): cf. T.S. Schmidt, "The Incidental Question in Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 233, 1992, vol. II, pp. 335–341.

⁴⁹ In this sense, see Italian Court of Cassation, judgement of 2 March 1999, no. 1739.

⁵⁰ This idea dates back to R. Ago, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1934, p. 322. Framing the 'preliminary question' correctly is one of the most difficult tasks for a private international lawyer. On this issue, see *ex multis* P. Picone, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1971; P. Lagarde, "La règle de conflit applicable aux questions préalables", *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 459–484.

children born from a second or further marriage to be recognised as legitimate⁵¹.

A similar reasoning can be developed for repudiation (*talāq*). The right to repudiate is an unlimited right that the husband is exclusively entitled to. The woman has no right to repudiate and can at the most reserve for herself the right to autonomously trigger the dissolution of marriage through provision in the contract of marriage of a sort of right to self-repudiate⁵². In the absence of this contractual provision, the woman can resort to divorce by seising a court to an extent which is, however, different from State to State⁵³. One could argue that equality between men and women is restored if divorce is easily accessible for women, with the consequence that a single answer in terms of the compatibility of repudiation with public policy is not possible. Regardless of this, a repudiation might be issued with the genuine consent of the wife. The woman might even ask for recognition of her repudiation in the State of the forum, possibly in order to re-marry. In these cases, dissolution of marriage takes on a consensual nature and the principle of equality is in practice unprejudiced⁵⁴. In sum, defence of the principle of equality requires taking into account the concrete positions of both spouses. A similar case-by-case approach is necessary concerning guarantees. While in some Islamic States repudiation is a private act, in others the repudiation procedure involves intervention by a judge or a notary. Therefore, a negative reaction by means of activation of public policy would only be proportionate if repudiation were issued without guarantees of defence for

⁵¹ Against this, C. Campiglio argues that the rules of necessary application of the forum – Article 86 of the civil code is one of them – must also apply to solve a preliminary question, with the consequence that a polygamous marriage cannot have any effects in Italy even when its validity is assessed as a preliminary question, regardless of whether the national law of the spouses contemplates this institution. According to Campiglio, a different path of reasoning could be followed but with the same result by arguing that a polygamous marriage is not a marriage as monogamy is an essential requirement of marriage. See C. Campiglio, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 43–76 at 61–62.

⁵² In Islamic law marriage is a contract that can be integrated with terms and conditions provided they are compatible with the essential features of the institution. This power is explicitly sanctioned, for example, in Art. 47 of the Moroccan Moudawana and in Article 11 of the Personal Status Code in Tunisia. In mixed marriages, for example, particular clauses regarding religious education of the offspring, in contrast with the principle that children must be educated in the paternal (Islamic) religion, are to be considered null and void. See L. Milliot and F-P. Blanc, *op. cit.*, pp. 266–267; R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, *op. cit.*, pp. 3–5.

⁵³ R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, *op. cit.*, pp. 121–135.

⁵⁴ C. Campiglio, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 1029–1064 at 1061–1062.

the woman⁵⁵. In conclusion, the absence of equality between the spouses and the absence of essential rights of defence for the woman are legitimate grounds for refusing recognition of repudiation according to an assessment of the concrete circumstances of the case. However, if these fundamental principles are in practice respected, a repudiation should be considered equivalent to a divorce on a unilateral request or to a consensual divorce in the State of the forum⁵⁶.

A different reasoning is possible. It has been argued that repudiation is in no way comparable to divorce because the latter is based on an objective situation –failure of the marriage– which is evidenced by a prolonged separation of the spouses or is ascertained by a judge while the former consists of the discretionary faculty of a man to free himself from marriage and creates a situation of submission for the woman which jeopardises her dignity because she is subject to a perennial threat of being repudiated if she does not comply with the authority of her husband. It is therefore a prerogative that has no equivalence for the bride, not even when she is recognised to have a right to unilaterally apply for a divorce⁵⁷. However, even if one follows this path of reasoning and concludes that repudiation cannot be adapted to divorce⁵⁸, this does not exclude effects resulting from it which have already been produced in the legal system of origin being recognised. From this perspective, and according to the theory of the *effet atténué de l'ordre public*, repudiation will have legal relevance not as an act but as a fact producing legal effects in the State of the forum.

Further theories, namely *ordre public de proximité*, and *Inlandsbeziehung*, have been drawn up with the aim of mitigating the impact of public policy. They make this impact proportional to the intensity of the connection between the case and the State of the forum. While permitting recognition of situations created abroad with no connection with the forum, they block and do not recognise the same situation if it has some connection with the State (in practice, the domicile of either of the parties or citizenship). The *Institut de droit international* has endorsed these theories in its resolution

⁵⁵ On this issue, see O. Lopez Pegna, “L’incidenza dell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo rispetto all’esecuzione di decisioni straniere”, *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 33–58 at 33–43.

⁵⁶ In this sense, see also O. Vanin, “Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 1029–1038 at 1036. On adaptation, see *infra* section VI.

⁵⁷ G. Carella, *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*, *op. cit.*, pp. 52–53. However, Carella then mitigates this position and argues that if the wife applies for recognition of the repudiation she renounces the right to claim infringement of the principle of non-discrimination. *Ibid.*, pp. 71–72.

⁵⁸ On adaptation, see *infra* section VI.

‘Cultural differences and *ordre public* in family private international law,’ in which it invites States to limit the use of the public policy exception only to the extent that, in the circumstances of the case, application of that law would infringe the principles of equality, non-discrimination and freedom of religion⁵⁹. According to the Institute, this happens when a particular link exists between the parties concerned and the State of the forum. For instance, “public policy *may* be invoked against the recognition of the unilateral repudiation of the woman by her husband if the woman has or has had the nationality of the recognising State or of a State not allowing such repudiation, or if she has her habitual residence in one of these States”⁶⁰. However, the thesis that the intensity of public policy depends on the degree of connection of the case with the State of the forum is difficult to accept. According to Article 1 ECHR, the fundamental rights provided in the ECHR must be recognised for each individual within the jurisdiction of the Member States, with the consequence that a distinction between citizens and foreigners cannot have any relevance⁶¹. It is inadmissible to say, for example, that repudiation can be recognised if it is carried out against a foreign woman and should not be if it is carried out against a national. To admit this different treatment would only add discrimination based on nationality to discrimination based on sex.

It is submitted that the impact of public policy should instead be different depending on whether the object of the assessment is recognition of effects which an act has already validly produced abroad or constitution *ex novo* of a personal and family status in the legal system of the forum. In the second case there is no continuity of status to be protected. Think of a case in which the State of origin of a future bride is requested to declare that “giusta le leggi a cui è sottopost[a] nulla osta al matrimonio” [in accordance with the laws to which she is subject, nothing prevents the marriage]⁶² and submits this clearance to a declaration of conversion to Islam by the future husband. European courts regularly trigger the public policy exception and set aside the impediment of the different religions of the spouses due to its contrast with Article 12 combined with Article 14 ECHR. In this manner they exempt

⁵⁹ See the Resolution of the Institute of International Law ‘Cultural differences and *ordre public* in family private international law’, Krakow Session, 2005, Rapporteur: M. Paul Lagarde.

⁶⁰ *Ibidem*, para. C (2).

⁶¹ See A. Malatesta, “Cultural Diversity and Private International Law”, in G. Venturini and S. Bariatti (eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè, 2009, pp. 643–657 at 649–650. See also F. Mosconi and C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, vol. I, Utet Giuridica, 2007, p. 239 against the idea of varying public policy.

⁶² Article 116 para. 1 of the Italian civil code.

women from delivering this clearance⁶³. The same goes for Islamic norms that put limitations on the capacity to succeed on the ground of religion. The judge must set aside the rule that excludes non-Islamic individuals from succession because of its patent contrast with the principle of non-discrimination grounded on religion.

A clear-cut position is likewise adopted on the prohibition of ascertaining natural filiation. In Islamic law biological generation is necessary and sufficient for the relationship of filiation between a mother and a child to be established by the simple fact of childbirth. On the other hand, for the relationship of filiation with the father to be established biological generation is not enough. The man must have generated the child within a lawful relationship⁶⁴. This means that either you are a legitimate son or you are not a son. There is no relationship between a father and a child born from fornication. Therefore, a mother has no right to ask for natural paternity to be ascertained. A father can recognise his son on condition that he does not reveal the unlawfulness of his behaviour, but he is not obliged to recognise him. In other words, a man can decide whether to take responsibility for his child. These rules are inapplicable in Europe as they contrast with Article 8 of the ECHR, which protects the right to identity and personal development and therefore also the right to obtain information necessary to discover the truth concerning the identity of one's parents⁶⁵.

VI. ADAPTATION

The application of foreign rules and institutions is not always easy, in particular when the State of the forum does not contemplate in its legal system foreign institutions, which are therefore 'unknown' there. To trigger the public policy exception against any unknown institution would not be proportional and would lead to a multiplication of those limping situations that the ECtHR is inclined to condemn in the name of the right to

⁶³ With circular no. 46 of 11 September 2007 the Italian Ministry of the Interior required civil status officers not to take into account conditions relating to the Islamic faith of the future husband possibly contained in the authorisation to marry.

⁶⁴ This rule has no explicit basis in the Quran, but results from an interpretation of Sura XVI, 72. See R. Aluffi Beck-Pecoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, *op. cit.*, pp. 152–155; L. Milliot, F-P. Blanc, *op. cit.*, p. 411.

⁶⁵ The ECtHR has recognised the right to obtain information in order to discover one's origins and the identity of one's parents as an integral part of identity protected under the right to private life. See ECtHR, *Gaskin v. the United Kingdom*, application no. 10454/83, 7 July 1989, para. 39; *Odièvre v. France*, application no. 42326/98, 13 February 2003, para. 29; *Çapın v. Turkey*, application no. 44690/09, 15 October 2019, paras. 33–34; *Boljević v. Serbia*, application no. 47443/14, 16 June 2020, para. 28.

transnational continuity of personal and family status as protected in Article 8 ECHR. Diversity is not always contrast and a compromise should always be sought through so-called adaptation. If a measure or an institution is not known in the law of the State addressed, that measure or institution is, as far as possible, adapted to a measure or an institution known in the law of that State. For instance, repudiation is unknown in European legal systems. However, considering its objective and effects, it seems possible to adapt repudiation to a consensual divorce when it substantially corresponds to a situation of effective dissolution of the marital bond and there is genuine consent of the wife⁶⁶.

Of course, adaptation of a rule or a decision in the end means obscuring its authenticity, proposing a hybridisation. However, this is to a certain extent unavoidable in any translation operation and is subject to a limit which derives from the *raison d'être* of adaptation: to facilitate dialogue between legal systems. This implies that an original rule or decision must necessarily be adapted to a rule or decision of the forum with equivalent effects and pursuing similar aims and interests. In short, what is irreconcilable cannot be reconciled and particular caution is required to prevent the flexibility that characterises adaptation becoming arbitrariness. For this purpose it is necessary to be respectful of the meaning and aims the relevant rules and institutions have in the legal system of origin. If this were not the case, legal certainty and continuity of status would be compromised, adaptation would become distortion and dialogue would become self-referential monologue.

An example will show the complexity of adaptation. On the basis of a combined reading of two verses of the Quran, Muslim law prohibits adoption⁶⁷. The rationale behind this prohibition is to avoid confusion between biological parents and those taking care of a child. Islamic law instead contemplates a specific institution – *kafala* – through which in the presence of a judge or a notary a *kafil* (usually, a couple of *kafils*) undertakes the obligation to provide for the care of a minor in a state of need (*makful*)⁶⁸.

⁶⁶ See *supra* section V.

⁶⁷ “God does not put two hearts within a man’s breast. [...] nor does He make your adopted sons into real sons”. Sura XXXIII, 4; “Name your adopted sons after their [real] fathers: this is more equitable in God’s eyes”. Sura XXXIII, 5. The Covenant on the Rights of the Child in Islam establishes that “the child of unknown descent or who is legally assimilated to this status shall have the right to guardianship and care but without adoption”. Article 7 para. 3 of the Covenant on the Rights of the Child in Islam, adopted at the 32nd Islamic Conference of Foreign Ministers, 28–30 June 2005.

⁶⁸ On the differences between judicial and contractual *kafala*, see M. Orlandi, *La kafala di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 77–113.

However, unlike adoption, and in accordance with Sura XXXIII verse 6, *kafala* does not break the legal link between the child and the family of origin, and does not create a relationship of filiation between the *kafil*s and the *makful*. *Kafala* usually ends when the *makful* reaches the age of majority and has no effects regarding inheritance. The *makful* does not receive the surname of the *kafil*.

On the one hand, *kafala* was conceived to protect minors who are orphans or are abandoned and therefore responds to the same needs and has the same objective as adoption: to ensure alternative care for a child who is without it. The Convention on the Rights of the Child consistently lists *kafala* together with adoption among the forms of care which are ‘alternative’ (to the family or origin) for children temporarily or permanently deprived of their family environment, or in whose best interests cannot be allowed to remain in that environment⁶⁹. On the other hand, the features of the two institutions are different, in particular in terms of the parent–child relationship which is created with adoption but not with *kafala*⁷⁰. It is unsurprising that the case law in Europe on qualification and recognition of *kafala* is not well–established and sometimes even contradictory depending on whether the judge focuses on the objective which is similar or on the effects which are different. While respect for the foreign legal system of origin might lead to excluding adaptation, adaptation into adoption might better satisfy the needs of the child in concrete cases⁷¹.

In *Harroudj*, the ECtHR dealt with an Algerian *kafala* order which might not have been converted into adoption, as a French couple requested, due to a French legal prohibition. In this regard, the Court recognised the existence of a “broad margin of appreciation” for Member States in view of the considerable differences between the private international law systems of the various Member States of the Council of Europe on the proper approach to the choice of law in adoption matters generally and specifically to the role of a pre-existing *kafala* in an adoption⁷². At the same time, however, the Court stated there was a need to recognise the factual situation

⁶⁹ Art. 20, para. 3, Convention on the Rights of the Child, UNTS 1577, p. 3.

⁷⁰ See the opinion of Advocate General Campos Sanchez-Bordona delivered on 26 February 2019, Case C-129/18 *SM v. Entry Clearance Officer*, UK Visa Section, para. 43.

⁷¹ The Hague Conference on Private International Law drew up the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (19 October 1996) also with the purpose of mitigating the issue of recognition of *kafala*. Article 33 of the Convention requires cooperation and preventive agreement between the central authorities of both the State of origin and the receiving State. The 1996 Hague Convention is in force in all Member States of the European Union. See Council Decision 2008/431/EC of 5.6.2008.

⁷² ECtHR, *Harroudj v. France*, application no. 43631/09, 4 October 2012, paras. 47–48.

and to accommodate the law of the country of origin to the law of the forum. In particular the Court adopted a substantive approach and excluded violation of Article 8 ECHR by focusing on the fact that French law provided the means to alleviate the effects of the prohibition of adoption: “[i]n addition to the name-change procedure, to which the child was entitled in the present case on account of her unknown parentage in Algeria, it is also possible to draw up a will with the effect of allowing the child to inherit from the applicant and to appoint a legal guardian in the event of the foster parent’s death”⁷³.

VII. THE CONNECTING FACTOR

As premised, nationality as a connecting factor takes into account the cultural links of a person with their State of origin better than other factors and this valorises their personal and cultural identity. However, this only works on a presumptive basis. Think of second or third generation immigrants who retain their citizenship of origin but are culturally assimilated in the new State. The use of nationality as a connecting factor also has a shortcoming as it splits family regulations and for this reason may lead to discrimination and to a certain degree of social instability⁷⁴. In any case, the identification and application of rules belonging to other legal systems involves significant difficulties of identification and interpretation, particularly in the case of unwritten rules of a customary nature⁷⁵.

From this perspective, the opportunity should be considered either to facilitate the acquisition of citizenship by naturalisation, marriage or birth in the territory or to allow a person permanently resident and/or domiciled in a European country to opt – in cases and conditions to be determined – for the application of the law of that State instead of the national law⁷⁶. The underlying idea here is that the right to diversity is not a duty to be different⁷⁷. Therefore, if people feel at ease with the legal system of the country where they live they should be free to claim for it to be applied. Application of the law of the forum State instead of the national law would

⁷³ *Ibid.*, para. 51.

⁷⁴ On this issue, see P. Kinsch, *op. cit.*, pp. 195–203.

⁷⁵ See, for example, Article 15 of Italian law no. 218/95, according to which the foreign law is applied according to its own interpretation and application criteria over time [“la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo”].

⁷⁶ On this issue, see H. Gaudemet-Tallon, “Nationalité, statut personnel et droits de l’homme”, in H.P. Mansel and others (eds) *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, Sellier European Law Publishers, 2004, pp. 205–221 at 206–210.

⁷⁷ See, ECtHR, *Molla Sali v. Greece*, application no. 20452/14, 19 December 2018, para. 157.

lead to uniform application of that law to people living within the boundaries of a country and so would satisfy the most general interest of a society in having a uniform social structure and ensuring that domestic legislative choices – the notion of marriage, access to divorce – are the same and shared by all. Moreover, application of the law of a European State to foreigners permanently residing in that State as an alternative to their national law could enhance their awareness of being part of a community, with a view to facilitating their integration. Finally, if one considers that the ‘factual’ criterion of habitual residence is frequently used as a default ground for jurisdiction, the coincidence between *forum* and *ius* would often lead the judge to apply his own law in practice.

In the light of the above it is possible to understand why nationality is progressively being replaced or coupled with more flexible connecting factors such as domicile and habitual residence. Individuals can often choose between the two alternative laws. This shows that even in the delicate area of family law State interests are gradually losing ground to the interests of the person and their freedom to choose⁷⁸. Indeed, of the two alternative laws the individual chooses the one which is more in line with their idea of the person and family. In this way, from a private international law perspective the choice of law ends up integrating the right to private and family life enshrined in Article 8 of the ECHR without prejudice to *ex post* control through the public order clause.

Habitual residence is the most widely used connection criterion in the uniform rules of private international law enacted by the EU on family matters⁷⁹. It is often contemplated together with other connecting criteria at the disposal of the individual (*electio iuris*). For example, as a general rule Regulation (EU) No. 650/2012 on jurisdiction and applicable law in matters of succession contemplates that the law applicable to succession as a whole is the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death⁸⁰. As an alternative, a person can choose the law of the

⁷⁸ P. Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425–454, in particular at 426; T.M. Yetano, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 155–193.

⁷⁹ The Court of Justice has established that the criterion of habitual residence is a complex criterion consisting of two cumulative elements: an objective one (the qualified presence of a person in a certain place) and a subjective one (so-called *animus residendi*). See *ex multis* Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010. *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe*. Case C-497/10 PPU, European Court Reports 2010 I-14309, paras. 53–56.

⁸⁰ Article 21 of 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 OJ L 201, 27.7.2012, p. 107–134.

State the nationality of which he possesses at the time of making the choice or at the time of death⁸¹. Regulation (EU) No. 1259/2010 on the law applicable to divorce and legal separation⁸² contemplates a limited *optio legis* that spouses can exercise, by agreement between them, to designate one of the listed laws as applicable to divorce or separation. Among these are the law of the State of nationality of either spouse at the time the agreement is concluded and the law of the State where the spouses are habitually resident at the time the agreement is concluded⁸³. In the absence of a choice by the parties, the main criterion is the habitual residence or last habitual residence of the spouses⁸⁴. The impact of these instruments on the private international law systems of EU Member States has been significant because they have a universal scope: they replace domestic conflicting rules even where the law which is identified as applicable is of a State that is not a Member State of the European Union⁸⁵.

VIII. FINAL REMARKS

By definition the conflict of laws method deals with different legal notions and values. For this reason it appears to be a more appropriate tool than unification of substantive rules in order to guarantee respect for diversity and to bridge the existing divides between cultures. Since the origin of private international law there has been a possibility inherent in the system for judges to assess the effects that would derive from application to specific cases of laws referred to or decisions issued abroad and to reject them insofar as application or execution of them would produce effects incompatible with fundamental principles of the forum. This 'reaction of rejection' occurs more frequently when nationality is used as the connecting criterion because with this criterion foreign laws governing sensitive matters, such as the status of persons and family relationships, are brought into the legal system.

Nevertheless, integration of human rights in private international law reasoning nowadays offers the possibility of giving a new interpretation to

⁸¹ Article 22 of Regulation (EU) No. 650/2012.

⁸² Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation OJ L 343, 29.12.2010, p. 10–16. This Regulation only applies in EU Member States participating in enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

⁸³ Article 5 of Regulation (EU) No. 1259/2010.

⁸⁴ Article 8 of Regulation (EU) No. 1259/2010.

⁸⁵ See Article 20 (*Universal Application*) of Regulation (EU) No. 650/2012; Article 4 (*Universal Application*) of Regulation (EU) No. 1259/2010.

this exception. While legal pluralism and public policy were traditionally considered to be antithetical principles, public policy read through the lens of human rights takes on a 'pluralistic' connotation because many opposite 'pushes' must be balanced. Protecting European values cannot lead to sacrificing the rights and interests of the individuals concerned beyond what is strictly necessary. From this perspective the efforts of both doctrine and jurisprudence to reduce the effects of public policy and to relativise its impact by means of theories of attenuated public order and of the inapplicability of public policy to preliminary questions can be appreciated. With these techniques, foreign laws and institutions clashing with European values cannot enter Europe, but refusals to recognise their effects are admitted only in so far as they are proportionate to the intended purpose.

A further instrument for dialogue between legal cultures is adaptation, through which unknown institutions are 'translated' into known institutions and made intelligible in the forum. Even here there is a limit. What is irreconcilable cannot be reconciled and particular caution is required to prevent the flexibility that characterises adaptation from becoming arbitrariness. For this reason, adaptation is only possible to the extent that the effects produced and the aim pursued by the original rule or decision are respected. Otherwise, adaptation would become distortion, and dialogue between legal systems would become a self-referential monologue.

Finally, in line with an increasing tendency to value less and less the roots of the individual and to favour instead the 'here and now' of the person with a view to facilitating their integration, it has been emphasised that the shortcomings of the use of nationality as a connecting factor could be overcome or at least reduced if a 'domiciliary' connection criterion – domicile and/or habitual residence – could be contemplated as an alternative to nationality at the disposal of the individual concerned.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdel Haleem, M.A.S., *The Qur'an*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Ago, R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1934, p. 322.
- Aluffi Beck-Peccoz, R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Aluffi Beck-Peccoz, R., *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 2004.
- Baderin, M.A., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 32–47.

- Buskens, L., "Sharia and National Law in Morocco", in J.M. Otto, (ed.), *Sharia incorporated*, Leiden, Leiden University Press, 2010, pp. 89–138.
- Campiglio, C., "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 43–76.
- Campiglio, C., "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 1029–1064.
- Carella, G., *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*, Bari, Cacucci Editore, 2011.
- Franzina, P., "The Evolving Role of Nationality in Private International Law", in A. Annoni and S. Forlati (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, New York, Routledge, 2013, pp. 193–209.
- Gannagé, P., "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425–454.
- Gaudemet-Tallon, H., "Nationalité, statut personnel et droits de l'homme", in H.P. Mansel and others (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, Sellier European Law Publishers, 2004, pp. 205–221.
- Hallaq, W-B., *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Jayme, E., "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des cours*, 1995, tome 251, pp. 13–267.
- Kinsch, P., "Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes", in B. Cortese (ed.) *Essays in Honour of Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 195–203.
- Lagarde, P., "La règle de conflit applicable aux questions préliminaires", *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 459–484.
- Lequette, Y., "De la 'proximité' au 'fait accompli'", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, Lextenso, 2015, pp. 481–518.
- Lopez Pegna, O., "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 33–58.
- Malatesta, A., "Cultural Diversity and Private International Law", in G. Venturini and S. Bariatti (eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milan, Giuffrè, 2009, pp. 643–657.
- Mancini, P.S., "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles, Rapport à l'Institut de Droit International, Geneva, 31 August 1874", in E. Jayme (ed.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 129.
- McDonough, P., *Human Rights Commitments of Islamic States*, Oxford, Hart, 2020.
- Mezghani, A., "Le juge français et les institutions du droit musulman", *Journal du droit international*, 2003, pp. 721–765.
- Milliot L. et Blanc, F-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001.
- Mosconi, F. e Campiglio, C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, vol. I, Utet Giuridica, 2007, p. 239.
- Müller, H., "Gedanken zur Neugestaltung des Internationalen Privatrechts", *DJZ*, 1936, pp. 1065–1071.

- Orlandi, M., *La kafala di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 77–113.
- Pansier, F.-J. et Guellaty, K., *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 41–45.
- Picone, P., Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato, Napoli, Jovene, 1971.
- Radbruch, G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914, pp. 6–7.
- Riad, F., “Pour un Code européen de droit musulman”, in Y. Carlier, M. Verwilghen (eds.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 379–382.
- Schmidt, T.S., “The Incidental Question in Private International Law”, *Recueil des Cours*, tome 233, 1992, vol. II, pp. 335–341.
- Shaham, R., “Judicial Divorce at the Wife’s Initiative: The Shari’a Courts of Egypt”, *Islamic Law and Society*, 1994, pp. 217–257.
- Van Eijk, E., “Sharia and National Law in Saudi Arabia”, in J.M. Otto (Ed.), *Sharia incorporated*, Leiden, Leiden University Press, 2010, pp. 139–180.
- Vanin, O., “Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 1029–1038.
- Yetano, T.M., “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 155–193.
- Zaher, Z., “Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l’arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 313–332.

Recibido: 7 julio 2023
Aceptado: 21 julio 2023

Los principios de Unidroit sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado*

Briseida Soffa JIMÉNEZ-GÓMEZ¹

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales. 1. Elección de instrumento jurídico: *soft law*. 2. Estructura. 3. Objetivos. 4. Comparativa con los PICC. III. Derecho material uniforme. 1. Activo digital. 2. Control del activo digital. 3. Identificación de la persona con control. 4. Cambios de control. 5. Valoración de la definición de activo digital. 6. Custodia de activos digitales. 7. Adquisiciones de buena fe de activos digitales. 8. Activos vinculados. 9. Garantías reales. 10. Ejecución. 11. Insolvencia. IV. Derecho internacional privado. 1. Principio de autonomía de la voluntad. 2. Régimen subsidiario. 3. Cuestiones relevantes para la interpretación de la norma de conflicto. V. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo analiza los recientes principios sobre activos digitales que se han elaborado bajo el auspicio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT (2023). El objetivo de los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales es dotar a las relaciones tanto nacionales como internacionales de unas normas de *soft law* que puedan facilitar las transacciones sobre bienes digitales, en particular si los Estados deciden introducir en sus ordenamientos jurídicos leyes que sean coherentes con los Principios de UNIDROIT. Dado que en el proyecto que da origen a los Principios de UNIDROIT han colaborado académicos de diferentes culturas jurídicas, así como expertos de distintas organizaciones internacionales en calidad de observador, resulta muy relevante un estudio del contenido jurídico de los Principios de UNIDROIT.

PALABRAS CLAVE: UNIDROIT, ACTIVOS DIGITALES, CRIPTOACTIVOS, ARMONIZACIÓN, DERECHO MERCANTIL, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *SOFT LAW*

ABSTRACT: This article analyzes the recent principles on digital assets that have been developed under the auspices of the International Institute for the Unification of Private Law,

* Este trabajo se presentó en el *IV Foro de Derecho internacional privado* que se celebrará en la Universidad de Alcalá de Henares los días 19 y 20 de octubre de 2023. Este trabajo se ha realizado gracias a la ayuda durante la estancia de investigación de 2 de marzo de 2023 a 30 de mayo de 2023 en la sede de UNIDROIT en Roma y se enmarca en el proyecto de investigación nacional "Gobierno Corporativo: Desafíos Regulatorios ante la Digitalización del Derecho de Sociedades" (PID2019-104019RB-I00) cuya IP es la profesora titular Mónica Fuentes.

¹ ORCID 0000-0003-0862-8188. Profesora contratada doctora (acred.) de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid. LL.M. College of Europe, Postdoctorado Harvard Law School, Miembro del Instituto Complutense de Estudios Internacionales.

AEDIPr, t. XXIII, 2023, pp. 283-325
ISSN 1578-3138
DOI: 10.19194/aedipr.23.10

UNIDROIT (2023). The objective of the UNIDROIT Principles on Digital Assets is to provide both national and international relations with soft law standards that can facilitate transactions in digital assets, particularly if States decide to introduce laws into their legal systems that are consistent with the UNIDROIT Principles. Given that academics from different legal cultures have collaborated in the project that gave rise to the UNIDROIT Principles, as well as experts from different international organizations as observers, a study of the legal content of the UNIDROIT Principles is highly relevant.

KEYWORDS: UNIDROIT– DIGITAL ASSETS– CRYPTO–ASSETS– HARMONIZATION– – BUSINESS LAW– PRIVATE INTERNATIONAL LAW– SOFT LAW

I. PLANTEAMIENTO

La importancia creciente de los activos digitales o criptoactivos posibilita una nueva economía, donde tanto la descentralización como un consenso distribuido en diversos nodos o usuarios aumenta las posibilidades de transparencia y confianza de las operaciones basadas en criptoactivos. La tokenización de activos mobiliarios e inmobiliarios presenta ganancias en términos de eficiencia precisamente por la desintermediación y automatización, así como una mayor liquidez y trazabilidad de las operaciones, como, por ejemplo, en el marco de la compensación y liquidación de valores². El aumento de la litigiosidad relativa a criptoactivos³ es un signo apreciable de que las operaciones con criptoactivos se incrementan. Sin embargo, estas nuevas posibilidades tecnológicas necesitan de la regulación para alcanzar todo su potencial.

A nivel regional en el marco de la UE diversas iniciativas pretenden que no se fragmente el mercado interior de los activos digitales como el Reglamento Piloto⁴. Uno de los mayores exponentes de la nueva regulación es el Reglamento MICA⁵, cuyo considerando quinto expresa la idea del riesgo a la desconfianza de los usuarios hacia los criptoactivos. Se entiende

² Para un tratamiento de estas cuestiones, *Vid.* por ejemplo, B.S. Jiménez-Gómez: “Distributed Ledger Technology in Financial Markets: the European Union Experiment”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, n.º 2, 2023.

³ M. A. Yahya & N. Pecharsky: “Crypto-Litigation: An Empirical Overview for 2020–Present”, *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, 2022, vol. 25, No. 2, pp. 195–234.

⁴ Por ejemplo: el Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE. DOUE n.º 151.

⁵ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. DO L 150/40, 9.6.2023 (en adelante MICA).

no solo que los usuarios puedan desconfiar en los criptoactivos ante la ausencia de un marco regulatorio en el territorio de la UE, sino que esa ausencia de Derecho podría conllevar la pérdida de oportunidades en términos de servicios digitales innovadores, instrumentos de pago alternativos o nuevas fuentes de financiación para las empresas de la Unión. Por tanto, la ausencia de un marco general del UE sobre criptoactivos se intenta superar con una regulación *ex proceso*.

No obstante, las cuestiones jurídico-reales de los bienes suelen ser difíciles y muy sensibles a las necesidades domésticas de cada Estado. Sin embargo, distintos instrumentos como el Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia⁶ o la Directiva 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 deudas⁷ demuestran la armonización paulatina en materias controvertidas tanto a nivel conflictual como material, si bien limitadas al contexto de la Unión Europea.

Una primera premisa de este estudio es que habida cuenta de la internacionalidad de la economía actual y de la tecnología subyacente de los criptoactivos, un enfoque regulatorio nacional no resulta muy adecuado⁸. La TRD o tecnología de registro distribuido posibilita operar de forma transnacional, lo cual implica una revolución al nivel de la aparición de internet en el uso comercial⁹. La propia tecnología subyacente que permite la existencia de activos digitales es en sí misma disruptiva¹⁰. Cada operación contiene una serie de instrucciones, que puedan dar lugar a la emisión, la transferencia o amortización de activos digitales, así como actualizaciones

⁶ Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), DO L 141/19 de 5.06.2015, en adelante REI.

⁷ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, DO L 172, 26.6.2019.

⁸ *Vid.* Considerando 8, Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º. 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (PE/54/2022/REV/1), DO L 150 de 9.6.2023, que será aplicable a partir del 30 de diciembre de 2024, en adelante Reglamento MICA.

⁹ *Vid.* B.S. Jiménez-Gómez: “El derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología blockchain”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, n.º 168, pp. 141–170, pp. 152–159.

¹⁰ Ocasionando esto que sea necesario hacer adaptaciones en diversas ramas del Derecho, por ejemplo, con respecto a una integración de la normativa de protección de datos en la TRD, puede verse, B.S. Jiménez-Gómez: “Risks of Blockchain for Data Protection: a European Approach”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 36, issue 3, 2020, pp. 281–343.

de balance o simplemente descripción de un evento¹¹. Por tanto, esta nueva tecnología necesita un régimen jurídico que aporte mayor claridad en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de activos digitales, siendo de especial relevancia para los contratos de custodia de activos digitales, las garantías reales que se constituyen sobre los mismos, y las eventuales situaciones de insolvencia de sus titulares¹².

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una Organización intergubernamental independiente con sede en Roma, que empieza su proyecto sobre los activos digitales por una propuesta de la República Checa¹³. UNIDROIT resulta una organización adecuada para el estudio de las necesidades jurídicas que plantea la criptoconomía, dado que su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos de modernización, armonización y coordinación del Derecho privado y, en particular, del Derecho mercantil, así como formular instrumentos, principios y normas de Derecho uniforme. Se organizaron dos eventos (2019 y 2020) junto con CNUDMI para reunir a expertos y determinar los temas a tratar. A continuación, se eligieron cuarenta expertos de veintisiete países junto a la Comisión Europea¹⁴. Estas primeras reuniones cristalizaron en el impulso de un proyecto liderado por UNIDROIT titulado “*Principles of Digital Assets and Private Law*” que empezó a trabajar en septiembre de 2020 y terminó su propuesta en abril de 2023¹⁵. El grupo de trabajo estaba compuesto por quince miembros liderados por el profesor japonés Hideki Kanda, veintidós observadores de organizaciones internacionales y veintidós observadores individuales¹⁶. En

¹¹ M. Rauch *et al.*: *Distributed Ledger Technology Systems, A Conceptual Framework*, University of Cambridge Judge Business School, Agosto 2018, p. 28, disponible en <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>

¹² Aunque surjan las primeras leyes regulando cuestiones de Derecho privado sobre criptoactivos, como la pionera de Bielorussia (2017), Liechtenstein (2019), Wyoming (2019), China (2019) o Rusia (2019). Estas leyes son muy recientes e incluso no se debería legislar tan rápido como avanza la tecnología, *Vid.* para el caso de EEUU, A. Walch, “Congres, don’t rush regulating crypto”, *Coindesk*, 14.09.2021, disponible: <https://www.coindesk.com/policy/2021/08/02/congress-dont-rush-regulating-crypto/> (última consulta 2.07.2023).

¹³ En julio de 2023 tiene 63 Estados miembros asociados que representan el 74% de la población mundial y el 91 del PIB mundial, I. Tirado, C. Di Nicola: “UNIDROIT’s project on digital assets and private law: Towards a legal taxonomy and set of principles”, G. Finocchiaro, L. Balestra, M. Timoteo (a cura di) *Major Legal Trends in the Digital Economy, The Approach of the EU, the US, and China*, Il Mulino, Bolonia, 2022, pp. 211–229, pp. 219–220.

¹⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹⁵ El idioma de trabajo fue el inglés y es el idioma en el que están publicados oficialmente por la página web de UNIDROIT.

¹⁶ Las organizaciones internacionales observadoras fueron el Grupo del Banco Mundial, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas (AISJ/IALS), la Unión Internacional de

mayo de 2023 fueron adoptados oficialmente los “UNIDROIT Digital Assets Principles”, en adelante UDAP, cuya traducción al español sería “Los Principios sobre activos digitales y Derecho privado”¹⁷.

En esta primera aproximación, se explora el alcance de los principios como norma para impulsar la armonización a nivel mundial, incluyendo su estructura y objetivos, realizando en ocasiones una comparativa con los PICC de UNIDROIT. A continuación, se examinan las definiciones que sustentan los principios, como la definición de activo digital, estudiando las diferencias y similitudes con las de otras regulaciones de la UE o de otros organismos internacionales. Además, para entender el concepto de activo digital resulta necesario remitirse a otros nuevos conceptos como el de “control”, “cambio de control” o la identificación de la persona que tiene dicho “control”. Después, se expone el concepto de contrato de custodia de activos digitales, los deberes que los custodios tienen frente a sus clientes, el principio de adquisiciones de buena fe y los derechos del cesionario de vital importancia para las operaciones con activos digitales. A continuación, se perfilan los principios relativos a los bienes o activos vinculados a los activos digitales, las garantías reales sobre activos digitales, su eventual ejecución y la posición de los custodios ante los procedimientos de insolvencia, entendidos de una manera amplia y haciendo alusión a los criterios de conexión para determinar el Derecho aplicable. Además, se estudia el principio de Derecho internacional privado que proponen los UDAP, siendo una de las cuestiones más complejas. Finalmente, se esbozan las conclusiones del estudio.

II. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE ACTIVOS DIGITALES

1. Elección de instrumento jurídico: soft law

El instrumento elegido tiene carácter de *soft law*¹⁸, dado que los UDAP son principios de Derecho que se proponen a los legisladores nacionales. El

Funcionarios Judiciales (UIHJ), el Banco Central Europeo (BCE), la Autoridad Bancaria Europea (ABE), el Instituto Bancario Europeo (EBI), la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), el Instituto de Derecho Americano (ALI), el Instituto de Derecho Europeo (ELI), el Centro Nacional de Derecho Kozolchik (NatLaw), el Banco Central de Italia, la Comisión de Derecho de Inglaterra y Gales, la Comisión de Derecho Uniforme (ULC) y el Instituto italiano para la vigilancia de los seguros (IVASS). Disponible en <https://www.unidroit.org/> (última consulta 2.07.2023)

¹⁷ Traducción de la autora.

¹⁸ “Derecho flexible”, *Vid.* J. C. Fernández Rozas, “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, pp. 81–216, pp. 145–151.

ejemplo más ilustrativo de éxito son los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, en adelante PICC¹⁹. UNIDROIT prefiere trabajar en “principios” en lugar de un convenio internacional, quizás por las mayores dificultades para acordar convenios que luego no llegan a ratificarse por los Estados²⁰.

Los UDAP pretenden manifestar los mejores estándares o prácticas jurídicas a nivel internacional que faciliten a los Estados adoptar un enfoque similar con respecto a la propiedad, el mantenimiento y el uso de activos digitales. Nótese que los PICC no se propusieron para armonizar el Derecho contractual, pero que han servido de inspiración a los legisladores nacionales, ofreciendo un lenguaje común en cuestiones contractuales²¹. Por tanto, los UDAP pueden jugar una función muy similar, pues no siendo un instrumento de Derecho vinculante, han sido elaborados bajo los auspicios de una organización intergubernamental con expertos juristas de Derecho mercantil y Derecho internacional privado, lo que puede resultar un buen indicativo de sus posibilidades de adopción por los legisladores nacionales.

Otra de las ventajas de los UDAP resulta ser que no queda petrificada en normas de Derecho internacional al ser una codificación privada²². Este formato puede renovarse sin las formales burocracias de un convenio internacional, lo que permite estar actualizado.

2. Estructura

Los UDAP se estructuran de la siguiente manera. Disponen de una introducción, siete capítulos y diecinueve principios. El capítulo I está dedicado al alcance y definiciones del instrumento legal (Principios 1 a 4). El capítulo II establece la norma de ley aplicable en Derecho internacional privado (Principio 5). El capítulo III se refiere al control y la transferencia (Principios 6 a 9). El capítulo IV se dedica a la custodia de activos digitales,

¹⁹ Por sus siglas en inglés “Principles of International Commercial Contracts”. Vid. Entrevista a José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid, “Los principios UNIDROIT son el instrumento esencial del Derecho de los Negocios Internacionales”, *Iuris: Actualidad y práctica de Derecho*, 2014, No. 212, pp. 8–14.

²⁰ Por ejemplo, el Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009) solo ha sido firmado por Bangladesh a fecha de 10 de julio de 2023.

²¹ Vid. J. A. Estrella Faria, “The influence of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts in national laws”, *Unif. L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 238–270.

²² Dicha ventaja es predicada de los PICC, Vid. O. Meyer, “The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law”, *Unif. L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 599–611, p. 611.

incluyendo un tratamiento específico para la insolvencia del custodio (Principios 10 a 13). El capítulo V trata las cuestiones relativas a las garantías reales que se puedan constituir sobre los activos digitales (Principios 14 a 17). El capítulo VI se refiere al Derecho procesal (Principio 18). Finalmente, el capítulo 7 hace referencia al efecto de las situaciones de insolvencia en los derechos jurídico-reales sobre los activos digitales (Principio 19).

3. Objetivos

El objetivo básico de los UDAP resulta ser facilitar un régimen jurídico aplicado a los activos digitales en cualquier contexto jurídico y tecnológico. Los Principios se caracterizan por mantener un enfoque práctico y funcional, ya que su elaboración pretende colmar las lagunas jurídicas existentes en los ordenamientos nacionales, así como la consideración de modificaciones a los enfoques jurídicos más tradicionales²³. Por tanto, los UDAP no entran en la taxonomía de los tipos de “tokens”, que suelen tener distintas funciones. Por ejemplo: los “tokens” o criptoactivos pueden usarse como medio de pago para cambiar o transferir valor o para adquirir bienes y servicios (*payment token*), pueden conferir un derecho o permiso para utilizar un servicio digital en una plataforma DLT (*utility token*), o pueden individualizar el valor patrimonial como derecho social o flujo de capital futuro, representando digitalmente un bien mueble (*asset token*), e incluso pueden ser “tokens” híbridos al presentar características de los valores mobiliarios y de los instrumentos de pago²⁴.

Los UDAP aseguran que los activos digitales se utilizan frecuentemente en el comercio²⁵. Sin embargo, su pretensión es que los activos digitales puedan aprovecharse en buena medida con mayores dosis de seguridad jurídica. Por ello, los Principios pretenden aportar eficiencia a esas transacciones de activos digitales habida cuenta de que, si los Estados promulgan regulaciones coherentes con los Principios, se alcanzara más armonización internacional en cuanto al régimen jurídico relativo a los activos digitales.

Los UDAP son neutrales desde dos perspectivas. Por una parte, en lo referente a los conceptos que desarrollan. Por ejemplo, el de “control” en

²³ Vid. comentario 1.3 UDAP.

²⁴ Vid. J. Allen, J. Rauchs, A. Blandin, K. Bear, “Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets”, Cambridge Centre for Alternative Finance, University of Cambridge Judge Business School, 2020, p. 10.

²⁵ Vid. comentario 0.1. UDAP.

activos digitales no pretende ser ni como el “control” del UCC estadounidense ni como el concepto de posesión de los sistemas de Derecho continental²⁶. Por otra parte, tampoco pretenden imponerle a los Estados cómo incorporarlos en sus ordenamientos internos, por tanto, son neutrales desde la perspectiva organizativa²⁷. Por ejemplo, los UDAP no expresan si deben incorporarse como parte especial o parte general de un ordenamiento jurídico ni tampoco excluyen a los consumidores, si bien no tienen reglas de especial protección para consumidores al modo que suele brindar el Derecho de la Unión Europea. De todas formas, aunque tuvieran tal fin, no sería coercitivo, pues UNIDROIT es una organización internacional donde los Estados colaboran voluntariamente. No obstante, la capacidad de UNIDROIT de proporcionar *soft law* resulta fundamental para los Estados que quieren alcanzar una mayor integración en el comercio internacional.

4. Comparativa con los PICC

Resulta destacable una primera diferencia con los PICC, éstos se entendían a modo de *restatement* en el sentido de que pretendían enunciar reglas que eran comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos²⁸. Si bien se trataba en ocasiones más de una aspiración, ya que algunos de los PICC manifiestan la regla que mejor satisface los intereses del comercio internacional, aunque no se encontrara en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por eso algunos autores comenzaron a calificarlos de “*lex mercatoria*” ideal²⁹. Dada la novedad de los criptoactivos, resultaría difícil entender que los UDAP son un *restatement* actualmente. La regulación de los criptoactivos es en sí misma novedosa, de reciente o actual elaboración. Por tanto, la línea temporal de ambos instrumentos– los UDAP en comparación con los PICC– es distinta. Mientras los UDAP se elaboran en paralelo a las legislaciones nacionales, los PICC recogían las tradiciones

²⁶ Vid. comentarios 0.6. y 0.7. UDAP

²⁷ Vid. comentario 0.8. UDAP.

²⁸ M. J. Bonell, *An international Restatement of Contract Law*, 3 edn. Transnational Publishers, 2005, p. 2. D. Morán Bovio (ed.), *Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos de comercio internacional*, segunda edición, Aranzadi, 2003.

²⁹ Vid. J.A. Estrella Faria, “The influence of the UNIDROIT Principles ...”, *loc. cit.*, p. 240. Un ejemplo de norma donde no existe uniformidad es el cálculo del tipo de interés de demora, sin embargo, UNIDROIT adoptó un consenso, que no significa que sea la norma que se encuentra en mayor medida en los ordenamientos nacionales, sino la que los redactores de los principios creyeron mejor para el comercio internacional, B. S. Jiménez-Gómez, “Régimen jurídico aplicable a los intereses de demora en el arbitraje internacional: propuestas de armonización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 42, 2021, pp. 1–37, pp. 28–29; O. Meyer, “The UNIDROIT Principles ...”, *loc. cit.*, p. 610.

jurídicas consolidadas en las relaciones contractuales, sin perjuicio de que en ocasiones formularan las “mejores” prácticas y no las predominantes.

Una segunda diferencia es el destinatario de los Principios. Los PICC se destinan principalmente a las partes de las transacciones comerciales que pueden decidir registrarse por los PICC e incluso estos podían ser aplicables cuando las partes decidieran registrarse por principios generales de Derecho. Pero también cuando las partes no han elegido la ley aplicable al contrato³⁰. Por tanto, como fuente de ley aplicable, ya sea directamente por las partes o por los tribunales nacionales o arbitrales posteriormente. Además, los PICC pueden ayudar a la interpretación del Derecho, ya sea el Derecho uniforme o el Derecho nacional. Finalmente, éstos también incluyen la opción de servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales.

Sin embargo, los UDAP están destinados a los Estados como legisladores, sin perjuicio de que los programadores, como partes implicadas en el proceso de generación de activos digitales, pueden establecer los propios principios como fuente reguladora del activo digital o sistema digital subyacente. Los UDAP se proponen regir aspectos relativos a la “propiedad” de los activos digitales junto con otros contractuales; a diferencia de los PICC que meramente concentraban sus esfuerzos en los elementos contractuales, en particular, los contratos mercantiles internacionales. Por tanto, el ámbito objetivo de los UDAP incluye expresamente cuestiones jurídico-reales sobre un determinado tipo de bienes, pretenden así ser guías de inspiración. No obstante, su contenido es similar al trabajo desarrollado en el seno de CNUDMI, en concreto, por el grupo de operaciones garantizadas, entre cuyos resultados más recientes destaca la *Ley Modelo sobre Operaciones garantizadas* (2016) y el *Suplemento relativo a las garantías reales sobre Propiedad Intelectual* (2010). Dado que una de las funciones inesperadas de los PICC resultó precisamente servir de modelo a los legisladores³¹, ésta

³⁰ Si se compara la versión de 1994 con la de 2016, se comprobará que en la primera versión se hace referencia a que los PICC pueden usarse cuando sea imposible encontrar una solución en la ley aplicable. Sin embargo, en la versión de 2016 se hace referencia a un destino más amplio, el cual es que pueden ser usados incluso aunque las partes no hayan optado por ninguna ley aplicable. Un ejemplo reciente de sometimiento a los PICC resulta el paradigmático caso de los Herederos del Sultán de Jolo contra la Federación de Malasia sometido a las reglas del CIADI, “Cronología Herederos del Sultán de Jolo vs Malasia”, 13-07-2022 ElDerecho.com, consultado el 30.06.2023 en <https://elderecho.com/cronologia-herederos-del-sultan-de-jolo-vs-malasia>

³¹ O. Meyer, “The UNIDROIT Principles ...”, *op. cit.*, pp. 599-611. Inicialmente la idea de los PICC era que las partes lo seleccionaran como ley aplicable en sus relaciones contractuales o que complementara el Derecho internacional, es decir, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, CISG. Pero los PICC no hacían referencia a la función de interpretar o complementar el Derecho nacional; R. Michaels, “The UNIDROIT Principles as Reference for the Interpretation of U.S. Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 66, Issue suppl 1, July 2018, pp. 31-65. Este autor lo denomina “global

también podría ser una función de los UDAP. Sin embargo, la funcionalidad del lenguaje de los UDAP tendrá que ser transcrita al Derecho nacional. Mientras algunos conceptos podrían ser trasladados al Derecho inglés mediante términos como “*equitable*”, estos conceptos no operan en las tradiciones de Derecho civil. En nuestra opinión, los UDAP adquirirán una mayor presencia internacional realizando la función de interpretar y complementar el Derecho nacional cuando no existan normas sobre activos digitales en el concreto Estado. Además, la función de interpretación del Derecho nacional resulta la clave para la armonización descentralizada de las leyes nacionales.³²

Los UDAP son coherentes con otros instrumentos previos como el Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009) y la Guía Legislativa de UNIDROIT sobre valores intermediados (Roma, 2017)³³.

III. DERECHO MATERIAL UNIFORME

1. Activo digital

Un “bien o activo digital” se define como un documento electrónico susceptible de control (Principio 2.2 UDAP). Dado que la versión de los Principios es en inglés y se refieren a “digital assets”, una traducción posible serían la literal de “bienes digitales”, lo cual sería coherente con los informes de CNUDMI³⁴. No obstante, desde nuestro punto de vista sería más adecuado referirse a “activos digitales”, pues se trata de una definición muy amplia que requiere conceptualizar dos términos: el de “documento electrónico” y el de “control”.

La primera es la consideración de “documento electrónico” como información que es almacenada en un medio electrónico y que puede ser

background law”; R. Illescas Ortiz, “Los Principios de UNIDROIT: ¿una nueva lingua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?”, en David Morán Bovio (coord.), *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 1 Ed., 2009, pp. 389–390.

³² De igual manera que Meyer, en su estudio sobre los PICC concluía que “the interpretation of national law in light of the PICC therefore contributes to a decentralized harmonization of laws from the bottom up”. Meyer, “The UNIDROIT...”, *loc. cit.*, p. 611, citando que B Zeller, *Journal of Law and Commerce* 26 (2006–07) 115,117, lo llamaba “a creeping transplantation”.

³³ Disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/LEGISLATIVE-GUIDE-Spanish.pdf>

³⁴ CNUDMI, Nota de la secretaría, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital*, 8 de mayo 2020, 53 periodo de sesiones, p. 8, para. 28.

recuperada (Principio 2.1 UDAP). De esto modo, se está excluyendo la memoria humana, pero se incluye cualquier tipo de tecnología siempre que la información sea perceptible. La definición del término “documento electrónico” resulta coherente con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2018), donde por “documento electrónico” se entiende la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, incluida, cuando proceda, toda la información lógicamente asociada o vinculada de alguna otra forma a ella de modo que forme parte del documento, se haya generado simultáneamente o no³⁵.

2. Control del activo digital

La segunda definición necesaria para conceptualizar “activo digital” en los Principios es la de “control” (Principio 6 UDAP). UNIDROIT no entra en la naturaleza jurídica del activo digital³⁶, porque dependerá de cada ordenamiento jurídico³⁷. Su innovación consiste en definir “control” para la

³⁵ Art. 2 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2018).

³⁶ Vid. R. Ruiz Rodríguez: “Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, nº 2, pp. 740–757, p. 756, quien considera que la calificación más adecuada para las criptomonedas a los efectos del DIPr debe ser como medio de pago; V. Andreeva Andreeva: “Conflicto de leyes en las transacciones de criptomonedas”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXI, 2022, pp. 21–49, p. 38, quien descarta la consideración de las criptomonedas como activos financieros, dado que tienen valor por sí mismas y no representan un derecho de cobro que exige la contrapartida de un pasivo financiero en otra compañía.

³⁷ Por ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia 2109/2019, de 26 de junio, afirma que el *bitcoin* «en modo alguno es dinero o puede tener tal consideración legal»; «el *bitcoin* no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica [...] cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de *trading Bitcoin*»(. De hecho, alguna sociedad de capital se ha constituido mediante aportaciones no dinerarias instrumentadas en criptomonedas en España y se ha negado tal posibilidad en Italia. Sin embargo, la *Law Commission* de Reino Unido en su propuesta de 28 de julio de 2022 considera que los activos digitales no entran dentro de las definiciones actuales del ordenamiento jurídico británico. Y propone reconocer una nueva categoría para los activos digitales siempre que satisfagan los criterios siguientes: 1) se componen de datos representados en un medio electrónico, incluyendo el código computacional, o señales eléctricas, digital o análogas a las anteriores; 2) existen con independencia de las personas y con independencia del ordenamiento jurídico; 3) son bienes rivales, pues si una persona lo usa, por definición otra no puede hacerlo. (*Consultation Paper*). Da por sentado que los activos digitales no son “*things in possession*”, derechos sobre cosas que puedan poseerse, pero tampoco “*things in action*”, derechos que se hacen valer a través de acciones o procedimientos como las deudas, las acciones sociedades, o las acciones para demandar. Por otra parte, por ejemplo, en los EEUU la corte del Distrito de New Hampshire en el caso *U.S. Securities and Exchange Commission v. LBRY Inc.* (Case No. 21-cv-260-PB Opinion No. 2022 DNH 138) de 7 de

aplicación de los UDAP. Los Principios aclaran que una persona tiene control sobre el activo digital, el protocolo o el sistema cuando tiene la capacidad o facultad exclusiva de prevenir considerablemente que otros obtengan todo el beneficio del activo digital, tiene la capacidad de obtener considerablemente todo el beneficio del activo digital, y la capacidad exclusiva de transferir a otras personas las capacidades anteriores³⁸. Además, ese activo digital permite que la persona se identifique a sí misma como poseedora de tales capacidades³⁹. Sin embargo, las facultades anteriores pueden no ser exclusivas si así lo permite el activo digital, protocolo o sistema relevante; o si la persona que posee el control acuerda un control compartido con otras personas⁴⁰. Bajo estas definiciones se presume la exclusividad en las capacidades de orden positivo (uso y aprovechamiento) y negativo (exclusión de uso y aprovechamiento de terceros no autorizados) de las personas que tienen el control sobre el activo digital. No obstante, resulta poco probable que el control compartido con otra persona tenga una duración dilatada si existe consentimiento, acuerdo implícito o conformidad en caso de la persona que ostente el control no sea la legítima⁴¹, por ejemplo, en caso de un hackeo.

El concepto de “control” puede parecer equivalente funcionalmente al concepto de “posesión” en bienes muebles, pero resulta destacable que la determinación de control se considera una cuestión de hecho y no un concepto legal⁴². Parece que UNIDROIT se inspira en el texto de la *Law Commission* británica⁴³. Por otra parte, codificar una cuestión de hecho puede no ser apropiado, ya que este concepto puede dejarse para los contratos, la costumbre o los usos y un mayor asesoramiento de la industria. No obstante, los UDAP no pretenden ser una ley modelo, sino meras guías

noviembre de 2022 clasifica las criptomonedas como valores sujetos a registro y regulación de la SEC (U.S. Securities and Exchange Commission). La empresa demandada sostenía que la criptomoneda LBC es una moneda digital, adquirida por los usuarios para usarla en la infraestructura LBRY. La infraestructura LBRY permitiría usar la tecnología para compartir vídeos, imágenes y contenidos digitales sin un servidor central como YouTube. LBC es el token digital nativo de la cadena de bloques LBRY.

³⁸ Principio 6(1)(a) UDAP.

³⁹ Principio 6(1)(b) UDAP.

⁴⁰ Principio 6(3) UDAP.

⁴¹ *Vid.* comentario 6.10. UDAP.

⁴² *Vid.* comentario 6.3. UDAP.

⁴³ *Law Commission Consultation Paper 2022*: “A person could be said to control a data object where that person can: (1) exclude others from the data object; (2) put the data object to the uses of which it is capable (including, if applicable, to effect a passing out of, or transfer of, that control to another person, or a divestiture of control); and (3) identify themselves as the person with the abilities specified in (1) to (2) above.”

para los Estados con el objetivo de que las leyes nacionales que promulguen se encuentren en consonancia con los principios⁴⁴.

Además, “control” sobre el activo digital no tiene por qué venir acompañado de la propiedad sobre el mismo. Por ejemplo, los custodios podrán tener “control” sobre el activo digital, pero la propiedad la suele mantener el cliente para el que mantienen dichos activos⁴⁵. Otro ejemplo es el caso de los trabajadores que podrán tener “control”, pero la propiedad la detentará el empresario⁴⁶. Sin embargo, la presencia de “control” desemboca en consecuencias jurídicas en torno a la adquisición de buena fe de activos digitales (Principio 8 UDAP)⁴⁷, la eficacia y la prelación frente a terceros de las garantías reales constituidas sobre activos digitales (Principios 15 y 16 UDAP)⁴⁸. En cualquier caso, serán los Estados los que tendrían que adoptar la definición de “control” propuesta por UNIDROIT como un elemento para adquirir eficacia y prioridad frente a terceros en el caso de garantías reales sobre activos digitales. Resulta destacable que los UDAP no regulan todas las cuestiones significativas del Derecho privado, tales como la validez de las transferencias o cesiones de derechos de propiedad sobre los activos digitales, los derechos entre cedente y cesionario de los activos digitales, la validez de la constitución de una garantía real sobre activos digitales, los derechos del otorgante de la garantía real sobre el activo digital y los del acreedor garantizado, la oponibilidad frente a terceros de las cesiones de activos digitales o algunos requisitos para la oponibilidad de las garantías reales sobre activos digitales, así como sus consecuencias⁴⁹.

3. Identificación de la persona con control

El Principio 7 UDAP establece la carga de la prueba para la identificación de la persona que tiene “control” sobre el activo digital. Por tanto, se trata de una regla procesal que establece que la persona que se identifica a sí misma con las facultades descritas en el Principio 6(1)(a) UDAP debe probar que tiene tales facultades⁵⁰. A su vez, se regula la presunción *iuris tantum* de que estas facultades tienen un carácter exclusivo⁵¹. Respecto a la forma de

⁴⁴ Vid. comentario 1.1. UDAP.

⁴⁵ Vid. *infra*, epígrafe III. 6.

⁴⁶ Vid. comentario 6.6. UDAP.

⁴⁷ Vid. *infra*, epígrafe III. 7.

⁴⁸ Vid. *infra*, epígrafe III. 9.

⁴⁹ Principio 3(3) UDAP.

⁵⁰ Principio 7(1)(a) UDAP.

⁵¹ Principio 7(1)(b) UDAP.

probar tal identificación, se incluye que debe ser por medios razonables, lo cual es un concepto difícil de codificar en un *smart contract*⁵². Por tanto, se entiende que es fuera de la cadena, en un procedimiento nacional donde la persona tiene que probar tales facultades por otros medios, tales como, un número identificativo, las llaves criptográficas, una oficina o un número de cuenta. Dichos medios de prueba no son taxativos, sino que se trata de una lista abierta hasta tal punto de que los medios para la identificación pueden no señalar el nombre o la identidad de la persona que pretende ser identificada⁵³.

4. Cambios de control

Los UDAP establecen el significado de “cambio de control” como una transferencia de las capacidades de uso y exclusión a otras personas, incluyendo el recambio, modificación, destrucción, cancelación, o eliminación del activo digital y el activo digital resultante sujeto a control de otra persona⁵⁴. El activo digital resultante hace referencia a UTXO (*unspent transaction output*) en Bitcoin: la cantidad de moneda digital que queda tras una transacción de criptomoneda. Es decir, UTXO es el resultado o salida en la base de datos generada por la red para permitir las transacciones de cambio no exactas. También se incluiría aquí los ajustes en el balance de cuentas que resultan por transacciones de *ether* en la plataforma de Ethereum⁵⁵. Por tanto, en el caso de hacking o robos de claves privadas puede ocurrir un cambio de control sobre el activo digital y no una cesión de los derechos de propiedad sobre el mismo.

5. Valoración de la definición de activo digital

La definición de “activo digital” resulta muy bienvenida, ya que hasta ahora solo parece claro que los activos digitales no son datos y que las clasificaciones sobre tokens de pago, de inversión o de servicios, propuestas por el regulador, no ayudan a discernir las cuestiones jurídico-reales de los activos digitales⁵⁶.

⁵² Vid. v. gr., A. Walch, “The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)”, *Rev. Banking & Fin. L.*, vol. 36, 2017, pp. 713–765.

⁵³ Vid. Principio 7(2) UDAP.

⁵⁴ Principio 6(2) UDAP.

⁵⁵ Vid. comentario 6.8. UDAP.

⁵⁶ UNCITRAL, *Exploratory work on legal issues related to the digital economy – reports of events*, 15 de mayo 2020, 53 periodo de sesiones Nueva York, 6–17 julio 2020, p. 10, para. 47.

Por una parte, la definición de “digital asset” de los UDAP es distinta a la definición del Fondo Monetario Internacional (FMI)⁵⁷, porque la definición de UNIDROIT incluye las “*stablecoins*” mientras que la del FMI las excluye. Resulta destacable que para el FMI un criptoactivo sea una criptomoneda, definida como un activo digital privado que depende principalmente de la criptografía y del registro descentralizado o una tecnología similar diferenciada de un “digital asset”⁵⁸. Sin embargo, parece que para UNIDROIT “digital assets” es asimilable a los “crypto assets”⁵⁹.

Por otra parte, la definición de “digital asset” en los UDAP está en la línea del Reglamento MICA que define criptoactivo como cualquier “representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar”⁶⁰, por lo que incluye tanto las criptomonedas, como *stablecoins* y *tokens*. En principio, el término criptoactivo en MICA se define de una forma amplia y de forma neutral tecnológicamente, pero mientras MICA no se aplica a los NFT o non-fungible tokens o los tokens inmobiliarios, los UDAP sí los abarcan. Los UDAP no entran a clasificar activos digitales o clases de tokens, a diferencia de MICA que divide la regulación en tres tipos de activos digitales: las fichas referenciadas a activos (*asset-referenced token*, ART), las fichas de dinero electrónico (*e-money token*) y las fichas de consumo (*utility token*)⁶¹. A nivel

⁵⁷ Para el FMI, un digital asset es “A digital instrument issued or represented using distributed ledger or similar technology. This excludes digital representations of fiat currencies.” Septiembre 2022, <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Digital-Money-101-explainer> (última consulta julio 2023)

⁵⁸ Definición idéntica a la del Financial Stability Board o Consejo de Estabilidad Financiera que tiene su sede en Basilea. “A digital asset (issued by the private sector) that depends primarily on cryptography and distributed ledger or similar technology. Crypto-assets include, but are not limited to, a cryptoasset that is classified as a payment instrument in a jurisdiction and a crypto-asset that is classified as a security in a jurisdiction.”, Financial Stability Board, *Regulation, Supervision and Oversight of Crypto-asset Activities and Markets*, 11.10.2022, p. 71, disponible en <https://www.fsb.org/2022/10/regulation-supervision-and-oversight-of-crypto-asset-activities-and-markets-consultative-report/>

⁵⁹ Vid. I. Tirado y C. Di Nicola, “UNIDROIT’s project ...”, *loc. cit.*, pp. 211–229.

⁶⁰ Art. 3.5 del Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. DO L 150/40, 9.6.2023 (en adelante MICA). El Reglamento MICA pretende que los proveedores de criptoactivos con ciertos requisitos para poder comercializar, de manera que se reduzcan los riesgos y se ofrezca un adecuado asesoramiento a los usuarios. Así, para poder promocionar un criptoactivo, las empresas deberán publicar un documento técnico que contenga las características del activo, así como sus derechos y obligaciones.

⁶¹ La taxonomía de tokens que realiza MICA coincide en buena medida con la que previamente realizaron otros informes europeos como el de la Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) o la Autoridad de Mercados y Valores europea (ESMA por sus siglas en inglés). Cf. European Bank Authority (EBA), *Report with advice for the European Commission on crypto-*

nacional, destaca que la definición de la propuesta MICA fue adoptada por algunos legisladores nacionales, incluso antes de aprobarse el Reglamento MICA. Es el caso del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo que entiende que los criptoactivos son representaciones digitales de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registros distribuidos u otra similar⁶².

6. Custodia de activos digitales

El servicio de custodia surgió en 1960 con la banca tradicional, donde la entidad de crédito guarda valores mobiliarios y realiza la administración de la cartera del cliente. Sin embargo, la custodia de activos digitales no almacena los activos, porque todos los datos y las transacciones se registran en un libro contable distribuido. La diferencia estriba en que los custodios de activos digitales mantienen las claves privadas de los clientes o titulares de los activos digitales. Las claves privadas permiten el acceso a los fondos que se guarden en la cartera de activos digitales, por ejemplo, criptomonedas. Según un informe de Blockdata, la cantidad de activos digitales que están bajo custodia se multiplicó siete veces entre enero del 2019 y enero del 2022, pasando de un valor de US\$ 32.000 millones a US\$ 223.000 millones.⁶³

El principio 10 UDAP define “custodio” como la persona que presta los servicios al cliente conforme a un contrato de custodia y actúa en la capacidad de tal⁶⁴. En la cadena de intermediarios, puede existir un “subcustodio” que es una persona custodio que presta los servicios de custodia a otra persona custodio⁶⁵. Un custodio (o subcustodio) mantiene un activo digital para un cliente si (a) el custodio tiene control sobre el activo digital; o b) el custodio tiene un contrato de custodia con un subcustodio con respecto al activo digital⁶⁶. No es un contrato de custodia cuando en el acuerdo se establece que si el proveedor del servicio (custodio) entra en una situación de insolvencia, los activos digitales serán parte de la masa de bienes del proveedor del servicio para distribución entre los acreedores⁶⁷.

assets, 9 January 2019; European Securities and Market Authority (ESMA), *Advice to the EU Commission on Initial Offerings and Crypto-Assets*, 9 January 2019.

⁶² Preámbulo VII. Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, BOE 13.03.2021.

⁶³ Blockdata, “Crypto custody: the Gateway to institutional adoption”, enero 2022, p. 5, disponible en <https://www.blockdata.tech/>

⁶⁴ Principio 10 (1)(a) UDAP.

⁶⁵ Principio 10 (1)(b) UDAP.

⁶⁶ Principio 10 (2) UDAP.

⁶⁷ Principio 10 (4) UDAP.

Un contrato de custodia de activos digitales se define como un acuerdo con un cliente por el cual el servicio se presta en el curso ordinario de los negocios del prestador del servicio, donde el prestador del servicio está obligado a mantener el activo digital para el cliente; y el cliente no ostenta la potestad exclusiva de cambio de control del activo digital como ha sido explicada anteriormente⁶⁸.

El Principio 10 UDAP se aplica solo a los servicios de custodia y no a otro tipo de servicios que puede prestar el intermediario⁶⁹.

El Principio 11 UDAP establece los deberes básicos de los custodios frente a sus clientes. En primer lugar, se establece que un custodio no está autorizado a transmitir el activo digital, o usarlo para su propio beneficio, a no ser que esté acordado con el cliente o la ley⁷⁰. En segundo lugar, el custodio se obliga a seguir las instrucciones del cliente con respecto al activo digital, excepto si (1) el custodio debe cumplir con la ley, por ejemplo, en caso de actuaciones penales, o con un acuerdo entre el custodio y un tercero del cual el cliente es parte o ha otorgado su consentimiento, por ejemplo, un contrato de garantía real en el que el cliente ha otorgado al custodio una garantía real sobre el activo digital; (2) si el contrato de custodia especifica circunstancias bajo las cuales el custodio no está obligado a cumplir con sus obligaciones⁷¹. En tercer lugar, el custodio tiene la obligación de proteger el activo digital⁷². A juicio de los redactores de UNIDROIT, este principio debiera de convertirse en una norma imperativa.

Por otra parte, se establece una regla por defecto a favor de la no segregación de cuentas de clientes, en el sentido de que el custodio puede mantener activos digitales de la misma descripción para dos o más clientes como una masa indivisible⁷³. Un custodio mantiene activos digitales de la misma descripción, es decir, fungibles o intercambiables entre sí, para varios clientes, porque puede ser más eficiente; pero cada activo digital es individualizable porque está sujeto a control⁷⁴.

Además, se establece una lista abierta de recomendaciones a los Estados, según la cual los deberes de los custodios frente a sus clientes podrían incluir: a) el deber de mantener un registro de los activos digitales para cada cliente; b) el deber de mantener de manera efectiva y segura en todo momento el activo digital de acuerdo a los registros que posee de sus

⁶⁸ Principio 10 (3) UDAP.

⁶⁹ *Vid.* comentario 10.2. UDAP.

⁷⁰ Principio 11 (1)(a) UDAP.

⁷¹ Principio 11 (1)(b) UDAP.

⁷² Principio 11 (1)(c) UDAP.

⁷³ Principio 11(2) UDAP.

⁷⁴ *Vid.* comentario 11.6. UDAP.

clientes; c) el deber de adquirir activos digitales inmediatamente si es necesario para cumplir con el deber anterior; d) el deber de segregación de activos digitales propios de los mantenidos por cuenta del cliente; e) el deber de dar los frutos derivados de los activos digitales al cliente para el cual mantiene los activos, sin perjuicio de los derechos otorgados al custodio u otra persona⁷⁵.

Según el Principio 12 UDAP, el cliente está protegido frente a las acciones de una persona a la que se le han violado sus derechos en el activo digital por un cambio de control del custodio cuando un custodio mantiene un activo digital conforme a un contrato de custodio⁷⁶, a no ser que el cliente tenga conocimiento o debiera conocer que otra persona tiene un derecho sobre el activo digital y que la adquisición viola tal derecho⁷⁷. Se trata de una adaptación del principio de adquisiciones de buena fe de activos digitales tal como se expone a continuación.

7. Adquisiciones de buena fe de activos digitales

El Principio 8 UDAP se basa en las adquisiciones de buena fe de los activos digitales⁷⁸. Al igual que los bienes muebles, los activos digitales también pueden ser robados si una persona que no es el titular conoce las claves privadas que controlan la dirección del activo digital, ya sea por un ataque cibernético on line (*malware*, piratería) o una coacción en el mundo físico⁷⁹. Sin embargo, posteriormente un tercero puede adquirir dicho activo digital sin conocer que ha sido robado, de forma que se protege al tercero en su adquisición *a non domino* para proteger la confianza en la apariencia. Un adquirente de buena fe debe ser un cesionario que obtiene control del activo digital y cumple con los requisitos equivalentes a la buena fe que regula la legislación estatal relevante⁸⁰. Las consecuencias de esa adquisición *a non domino* son que el cesionario de buena fe adquiere el activo digital libre del derecho que pueda ostentar el verdadero titular⁸¹, quien además no tiene a

⁷⁵ Principio 11 (3) UDAP.

⁷⁶ Principio 12 (1) UDAP.

⁷⁷ Principio 12 (2) UDAP.

⁷⁸ A favor de ese enfoque, *Vid.* A. Balthazor, "The Bona Fide Acquisition Rule Applied to Cryptocurrency", *Georgetown Law Technology Review*, 2019, vol. 3, pp. 402–425.

⁷⁹ Por ejemplo, Mt Gox era el mayor intercambiador de bitcoins con sede en Tokio y en 2014 fue víctima de un hackeo de 650000 bitcoins de sus clientes por valor de unos 470 millones de dólares actuales. A. Hern, "MtGox files for bankruptcy in Japan after collapse of bitcoin exchange", *The Guardian*, 28.02.2014, disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2014/feb/28/bitcoin-mtgox-bankruptcy-japan>

⁸⁰ Principio 8(1) UDAP.

⁸¹ Principio 8(2) UDAP.

su disposición la acción reivindicatoria contra el cesionario de buena fe⁸². Los UDAP recalcan que el cesionario será de buena fe, aunque el control del activo digital proceda de un cedente que actúa ilegalmente y no tiene la propiedad sobre el mismo⁸³.

En este sentido, las normas de Derecho material de los Principios se alinean con el art. 464 Cc donde la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título⁸⁴. Sin embargo, el Código Civil es más sutil, pues “el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea”. No obstante, el propietario no podrá obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella cuando el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública⁸⁵. Para las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, el art. 85 Ccom establece que “la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador, respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.” Si los “exchanges” de criptoactivos se consideran mercados, se aplicaría el Código de comercio a los comerciantes, siendo una regla especialmente protectora para el adquirente, pues la prescripción del derecho se convierte en adquisición de la propiedad para el adquirente de buena fe. Por otra parte, aunque se entendiera a los activos digitales como obligaciones y no sujetos a derechos jurídico-reales, la aplicación de la teoría de Savigny, según la cual el mercado de obligaciones debía tener las ventajas de las transferencias de derechos reales, llevaría a la posibilidad de las adquisiciones de buena fe⁸⁶.

Además, se establece una norma de Derecho subsidiario inspirada en el Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009)⁸⁷ para cuando se apliquen los

⁸² Principio 8(3) UDAP.

⁸³ Principio 8 (4) UDAP.

⁸⁴ Para la determinación de la ley aplicable, *Vid.* epígrafe IV.

⁸⁵ *Vid.* F. Castro Lucini, “Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, No. 4, 1983, pp. 1227–1242. M. Amorós Guardiola, “La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, nº 1, 1972, pp. 189–263.

⁸⁶ F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Veit & Comp, 1853, p. 97.

⁸⁷ *Vid.* art. 18 del Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009) en la traducción al español del Ministerio de Asuntos Exteriores, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/convention-spanish.pdf>

UDAP, ya sea por la norma de conflicto del Principio 5⁸⁸ o porque los Estados no tengan normativa sobre las adquisiciones de buena fe de criptoactivos. No se considerará al cesionario de buena fe si en el momento de la cesión del activo digital, el cesionario conoce o debería conocer que la adquisición del activo digital vulnera los derechos de otra persona⁸⁹. Para la determinación de si una persona debiera tener conocimiento de un derecho de otra persona, se debe considerar las características y requisitos del mercado relevante para el activo digital; y si la persona no está bajo una orden de investigación⁹⁰. En cualquier caso, no se considera que un cesionario sea adquirente de buena fe si se le ha transferido como donación y no se ha otorgado una garantía real⁹¹. Asimismo, una organización tiene o debería tener conocimiento de un derecho o un hecho a partir del momento en que el mismo sea, o debiera razonablemente haber sido puesto en conocimiento del responsable de la operación para la que el hecho o derecho fuera pertinente⁹².

A pesar de la protección del adquirente de buena fe, dicho principio es la excepción al principio 9 UDAP donde se establece el *nemo dat quod non habet*, es decir, que nadie puede transmitir más derechos sobre un bien que los que ostenta sobre el activo digital⁹³. También se establece que el cesionario de los derechos reales sobre un activo digital adquiere todos los derechos reales que el cedente tenía o tenía potestad de transmitir, salvo que el cedente transmita menos que los derechos reales que ostente⁹⁴.

8. Activos vinculados

Un activo digital puede representar otro bien en el mundo físico, pudiendo ser este bien representado un bien mueble o inmueble⁹⁵, u otro activo intangible como los valores mobiliarios⁹⁶. Los UDAP no entran a valorar la vinculación entre el activo digital y el bien que representa. Por

⁸⁸ Vid. *infra*, epígrafe IV.

⁸⁹ Principio 8(5)(a) UDAP.

⁹⁰ Principio 8(5)(b) UDAP.

⁹¹ Principio 8(5)(d) UDAP.

⁹² Principio 8(5)(c) UDAP.

⁹³ Principio 9(1) UDAP.

⁹⁴ Principio 9(2) UDAP.

⁹⁵ Vid. J. Campuzano Gómez-Acebo, J. Sieira Gil, "Tokenización de activos físicos. Tokenización inmobiliaria y mobiliaria", en A. Madrid Parra y C. Pastor Sempere (dirs.), *Guía de criptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 111-138.

⁹⁶ Vid. R. Ferrer Molina, "Tokenización de acciones y participaciones sociales", en A. Madrid Parra y C. Pastor Sempere (dirs.), *Guía de criptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 97-110.

tanto, el Derecho nacional registrará la existencia y los requisitos para que la vinculación entre el activo digital y el bien representado tenga consecuencias jurídicas en cesiones del activo digital tanto para las partes como para terceros, incluyendo las situaciones de insolvencia⁹⁷. Dado que el bien representado puede ser distinto, debe analizarse caso por caso, pues los Principios no ofrecen una solución al respecto.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, la ley de mercado de valores rige la existencia y transmisión de los valores mobiliarios “tokenizados”⁹⁸ junto con la ley del emisor⁹⁹. El art. 10.3º Cc establece que la emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca, artículo que no ha sido desplazado por el Reglamento Roma I¹⁰⁰. El lugar de emisión se interpreta en el caso de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, el lugar de situación de la cuenta o registro que otorgue legitimación frente al emisor¹⁰¹. En este sentido, la equiparación que realice el Derecho material entre los registros de anotaciones en cuenta y los registros de TRD deviene fundamental para considerar los valores representados mediante la TRD. Destacan en la normativa española a este respecto, el art. 10.1º Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión, o en la normativa francesa, el art. 211.3º del Código Monetario y Financiero francés.

En segundo lugar, en Derecho español la ley de propiedad intelectual rige la existencia, uso, aprovechamiento y transmisión de los derechos de propiedad intelectual de la información que sea representada en el activo digital, por ejemplo, en la compensación equitativa por copia privada¹⁰².

⁹⁷ Principio 4 UDAP.

⁹⁸ Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión, BOE 18.3.2023. Vid. R. Palá Laguna, “Los criptoactivos valores negociables como nueva categoría de derechos-valor”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 31, 2022.

⁹⁹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Instrumentos financieros y tecnología de registros distribuidos en el proyecto de ley de los mercados de valores y de los servicios de inversión: cuestiones de Derecho aplicable”, *La Ley: Unión Europea*, Nº 107, 2022, pp. 1–6. Sobre la importancia de la *lex societatis* para posibilitar la emisión de tokens representando acciones, Vid. B.S. Jiménez-Gómez: “Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies”, *Indret*, No. 1, 2023, pp. 61–97, pp. 72–73.

¹⁰⁰ Vid. art. 1(2)(d) Reglamento Roma I Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO nº 177 de 4.07.2008.

¹⁰¹ M. Virgós: “Las reglas de Derecho internacional privado en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en A. Bercovitz (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 655–674, p. 666.

¹⁰² Art. 25 para la determinación de la cuantía se tiene en cuenta si las reproducciones son analógicas o de carácter digital del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se

Esta separación entre el activo digital y el activo representado se hace más patente cuando existen registros públicos como el Registro de la Propiedad, o el Registro Mercantil¹⁰³.

Dada la importancia de la *lex fori* en las materias anteriores, resulta necesario indicar las normas de competencia judicial internacional en el ámbito de la UE. Según el art. 24.3º Reglamento Bruselas I bis¹⁰⁴, son competentes de forma exclusiva, los tribunales del Estado miembro donde se ubique el registro público con respecto a la validez de la inscripción, con independencia del domicilio de las partes¹⁰⁵. Por tanto, el registro público del bien representado por el activo digital tiene exclusividad, aunque los datos puedan estar deslocalizados. Además, cuando el bien representado sea un derecho de propiedad industrial sometido a registro, la inscripción o validez del derecho de propiedad industrial sigue estando vinculado exclusivamente al Estado donde se haya registrado oficialmente, como dicta el art. 24.4º Reglamento Bruselas I bis.

En caso de que el activo digital represente a un bien inmueble, además, el art. 24.1º Reglamento Bruselas I bis establece la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro de la UE donde se ubique la propiedad inmobiliaria, sin considerar tampoco el domicilio de las partes. Por tanto, puesto que los bienes inmuebles están en el territorio de un Estado, su ubicación sigue siendo esencial para determinar los derechos reales inmobiliarios (la propiedad, la posesión, el usufructo, la hipoteca...) y de contratos de arrendamientos de los bienes inmuebles. Los contratos de arrendamiento para uso particular por menos de seis meses consecutivos disponen de una regla especial, porque también son competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, con la condición de que el arrendatario sea una persona física y el propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro. Si bien esta interpretación es la lógica, cuando un activo digital

aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹⁰³ Vid. J. Plaza Penadés, "La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non fungible token)", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, No. 60, 2022, editorial, quien afirma que "la tokenización no sustituye ni puede sustituir a ningún registro público ni confiere a los bienes tokenizados derechos diferentes de los que están previstos en el Ordenamiento jurídico."

¹⁰⁴ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, "Reglamento Bruselas I bis" o "RBI bis"), DO L 351/1 de 20.12.2012.

¹⁰⁵ En la misma línea, Vid. R. Ruíz Rodríguez, "Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 740-757, p. 745.

represente un derecho real, no existe jurisprudencia que pueda sustentar dicho razonamiento¹⁰⁶.

9. Garantías reales

El Principio 14 afirma que los activos digitales pueden ser objeto de garantías reales¹⁰⁷. Se considera que los sistemas de garantías reales deben facilitar el uso de todo tipo de activos para potenciar la financiación crediticia, pero no se recomienda cambiar la calificación de las garantías reales del Derecho nacional. Los UDAP son tan neutrales que podrían incorporarse tanto en los Estados que han implementado la Ley Modelo de operaciones garantizadas de la CNUDMI, como en aquellos que no lo han hecho, porque la taxonomía de las garantías reales no está armonizada ni siquiera en la Unión Europea. Prueba de ese enfoque son las definiciones funcionales de los términos “transmisión” de un activo digital como el cambio de un derecho real en el activo digital de una persona a otra, incluyendo la concesión de garantías reales a favor del acreedor garantizado e incluso la adquisición del derecho real sobre el activo digital derivado¹⁰⁸.

Además, si el activo digital representa a otro bien, los UDAP se remiten al Derecho nacional para que determine la validez de la constitución y la oponibilidad de la garantía real sobre el bien representado frente a terceros¹⁰⁹. Con respecto al bien representado por el activo digital, rige la norma de conflicto clásica que se encuentra en el art. 10.1º Cc, ésta se refiere a la *lex rei sitae* tanto para bienes muebles como para bienes inmuebles. En el plano de los derechos reales que son oponibles *erga omnes*, la norma que tradicionalmente aporta certeza y previsibilidad es la *lex rei sitae*. Dentro del ámbito de la ley aplicable a la garantía se regulan los siguientes aspectos: la naturaleza jurídica y los efectos frente a la propiedad del objeto de la garantía, los requisitos para la constitución de la garantía, los tipos de garantías reales posibles, los requisitos de publicidad para la oponibilidad frente a terceros, así como la prelación y prioridades sobre el bien y el procedimiento para la ejecución de la garantía, así como su extinción de la garantía. A su vez esta norma se especializa en el ámbito de los derechos de propiedad industrial e intelectual en la *lex loci protectionis*, donde pueden entenderse incluidas

¹⁰⁶ Señalando igualmente la falta de claridad, R. Ruiz Rodríguez, “Blockchain y Derecho internacional privado”, *REEL*, 2022, nº 43, p. 26.

¹⁰⁷ Principio 14 (1) UDAP.

¹⁰⁸ Principio 2(5)(a)(b)(d) UDAP.

¹⁰⁹ Principio 14(2) y (3) UDAP.

las garantías reales formadas sobre los bienes inmateriales¹¹⁰. Precisamente por la intangibilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual, se propuso la libertad de elección de la ley aplicable por las partes, añadiendo la posibilidad de someterse a la ley de la residencia habitual del otorgante de la garantía para regir la constitución de la garantía en lugar de a la *lex loci protectionis*¹¹¹.

En el caso de las garantías sobre valores también surgieron controversias acerca de la situación de estos. La norma de la *lex rei sitae* tiene sentido cuando los valores están representados por medio de títulos, pero cuando los valores se representan mediante anotaciones en cuenta, el criterio de conexión tuvo que adecuarse. De las dos conexiones propuestas: la ley del emisor en cuyo registro se anotaran los valores inicialmente y la ley del intermediario en cuyos registros se refleja la titularidad final, fue esta última la que resultaba más adecuada¹¹². Esta regla se conoce como PRIMA rule, porque considera el lugar del intermediario relevante como aquel en el cual el titular puede disponer de los derechos sobre valores depositados. En el Derecho español, la normativa se encuentra en el artículo decimoséptimo del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública¹¹³. Esta norma es una transposición de la Directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantía financiera¹¹⁴. Por tanto, a nivel legislativo europeo, la *lex conto sitae* es la norma de armonización, de forma que para las garantías financieras sobre anotaciones en cuenta lo determinante es la localización de la cuenta relevante según el art. 9(1)¹¹⁵. Esta norma concuerda también con la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza y liquidación de valores¹¹⁶ y con la Directiva 2001/24/CE¹¹⁷ relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. No obstante, esta norma no ofrece una respuesta

¹¹⁰ Vid. B. S. Jiménez-Gómez: *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 213 y ss.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 333.

¹¹² Vid. F.J. Garcimartín Alférez, C. Paz-Ares Rodríguez, "Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros", *RDM*, 2000, nº 238, pp. 1479-1518.

¹¹³ «BOE 14.3.2005.

¹¹⁴ Art. 9.1º Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DO nº 168 de 27.06.2002.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Art. 9. 2º Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DO nº 166 de 11.06.1998

¹¹⁷ Art. 24 Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, DO nº 125, de 15.05.2001

satisfactoria para los valores mobiliarios, o en general, los instrumentos financieros representados mediante la TRD¹¹⁸.

Un sistema distinto lo ofrece el art. 9 *Uniform Commercial Code* estadounidense, en el que, aunque se permita la elección de la ley aplicable a las obligaciones de las partes, a nivel de oponibilidad y prioridad frente a terceros rige la ley de ubicación del deudor cuando se trata de intangibles¹¹⁹, donde podrían tener cabida también los activos digitales. Se entiende que esta ley protege los intereses de terceros interesados en conocer el estado de la garantía, lo cual a su vez se vincula con la inscripción en el registro donde se localice el otorgante de la garantía, normalmente el Estado bajo cuya legislación se ha constituido la sociedad cuando ésta se ha constituido bajo el Derecho estadounidense¹²⁰. No obstante, se establece el lugar de la administración central como un criterio de conexión adicional para una persona jurídica que no se atiene a la anterior regla. En caso de personas físicas, el criterio de conexión es la residencia habitual. Para los deudores extranjeros, la regla por defecto es la situación en el Distrito de Columbia¹²¹.

Debe tenerse en cuenta que existen dos modos de constituir una garantía sobre un activo digital. El primer modo se produce de facto dentro del sistema TRD, cuando el otorgante de la garantía le da al acreedor garantizado acceso a controlar el activo digital. Esta opción se podría entender dentro de la *lex cryptographia*¹²², donde no son necesarias normas jurídicas nacionales. Esto se produce porque la TRD no requiere la existencia de un acuerdo formal entre las partes, ya que es suficiente el cumplimiento de determinados requisitos técnicos, como la firma electrónica de los participantes o la clave pública y privada¹²³. En este sentido de situación fáctica, es donde hay que encuadrar el Principio 15. Los UDAP se refieren al control como forma de que las garantías reales sobre

¹¹⁸ H. De Vauplane: "Blockchain and intermediated securities", *Nederlands international privaaterecht*, 2018, pp. 94–103.

¹¹⁹ Jiménez-Gómez: *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 244.

¹²⁰ Art. 9.301 (1) UCC Revisado.

¹²¹ *Vid.* para un extenso desarrollo de la posible equivalencia de registros, Jiménez-Gómez: *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 247 y ss.

¹²² La *lex Cryptographica* se caracteriza por un conjunto de reglas administradas a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones descentralizadas (y potencialmente autónomas), P. De Filippi y A. Wright: "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (March 10, 2015).", p. 48– https://papers.ssrn.com/sol3/paperscfm?abstract_id=2580664.

¹²³ V. Andreeva Andreeva: "Conflicto de leyes ...", *loc. cit.*, p. 34. Por ello otros autores consideran que es necesario aceptar la tecnología como un hecho, para poder plantearnos su régimen jurídico. M. Lehmann: "Who Owns Bitcoin? Private (International) Law Facing the Blockchain", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2019, vol. 21, nº1, pp. 93–136, p. 118.

activos digitales adquieran oponibilidad frente a terceros y la prelación de las mencionadas garantías, sin mencionar la constitución de las garantías. En los regímenes jurídicos como el español, donde los requisitos de constitución de las garantías son los mismos que los de oponibilidad frente a terceros, este principio resulta relevante tanto para el momento de la constitución como de la oponibilidad *erga omnes*.

El Principio 15 UDAP establece que las dos formas de obtener oponibilidad frente a terceros de las garantías reales son por medio del “control”. El control lo puede obtener el acreedor garantizado sobre el activo digital tal como establece el Principio 6 UDAP¹²⁴; o el custodio que mantiene el activo digital para el acreedor, teniendo el control del activo digital o a través de un contrato de custodia definidos en el Principio 10(3) UDAP. No obstante, esta forma de constitución no será en principio admitida en el régimen español si no hay un cambio legislativo, pues la constitución de garantías reales no está libre de forma.

El segundo modo de constituir una garantía es mediante un contrato de garantía entre el acreedor garantizado y el otorgante de la garantía. Mientras que los aspectos obligacionales del contrato pueden ser regidos por la ley establecida por las partes (art. 3 Reglamento Roma I), no ocurre lo mismo con los aspectos jurídico-reales de las garantías sobre activos digitales. Por los problemas técnicos que puedan suceder en el propio sistema TRD, resulta necesario determinar una ley aplicable nacional.

Para la constitución de la garantía sobre el activo digital como aspecto real, nos remitimos al epígrafe IV de este artículo con respecto a la norma de conflicto de los UDAP. Adicionalmente, debe destacarse que, en el caso de la constitución de la garantía sobre activos digitales, el *European Law Institute* (2022) ha propuesto la ley del Estado del otorgante de la garantía en el momento de creación de la garantía, pudiendo ser su establecimiento o su administración central para el caso de más de un establecimiento en distintos Estados¹²⁵. En ausencia, de los anteriores criterios de conexión, sería relevante la residencia habitual del otorgante de la garantía, lo cual sería aplicable a las personas físicas. Este criterio de conexión también ha sido propuesto por dos autores, si bien dentro de una cascada de conexiones en el último lugar¹²⁶. Esta solución se alinea con la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros

¹²⁴ *Vid. supra*.

¹²⁵ European Law Institute, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, Viena, 2022, Principio 3(1).

¹²⁶ M. Lehmann, M. Haentjens: “The law governing secured transactions in digital assets”, 2023, Hazelhoff Research Paper Series no. 12, consultado en SSRN.

de las cesiones de créditos (2018)¹²⁷, que considera como regla general, la ley del país de la residencia habitual del cedente en el momento en que tenga lugar la cesión¹²⁸. En el caso de sociedades y personas jurídicas el criterio de conexión específico es el lugar de su administración central, mientras que en el caso de personas físicas que actúen en el ejercicio de una actividad profesional, su lugar de actividad principal¹²⁹. También merece destacar que la solución de la ley del otorgante de la garantía sería la misma para los bienes inmateriales y los activos digitales¹³⁰, lo cual resultaría en ganancias de eficiencia cuando ambos se otorgan juntos en la misma operación de garantía.

El Principio 16 UDAP da prioridad al control del bien digital sobre cualquier otro medio para alcanzar la oponibilidad frente a terceros, lo cual resulta coherente con el Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009) y Ley Modelo de Operaciones Garantizadas de la CNUDMI (2016). El principio de la prelación se justifica en la similitud de la posesión de los instrumentos negociables, por lo que no sería práctico buscar en un registro. A su vez, resulta frecuente en la financiación de adquisición de activos que el acreedor sea garantizado, otorgándole la prioridad sobre los activos digitales de cuya adquisición se financia. Se considera que el acreedor garantizado que dispone del control está en mejor posición para ejecutar la garantía real y también así se otorga una mayor seguridad jurídica al mercado financiero, ya que el conocimiento de otras garantías reales sobre el activo digital que pueda tener el acreedor garantizado, (por ejemplo, por el registro de la garantía) no afecta a la prioridad de la garantía real donde exista control.

A nivel doctrinal se ha propuesto que los *smart contract* se utilicen para cumplir con el régimen jurídico estadounidense de las operaciones garantizadas del Art. 9 del Uniform Commercial Code¹³¹. El Art. 9 del UCC mantiene un sistema de registro en el Estado de los EEUU donde se

¹²⁷ Bruselas, 12.3.2018, COM(2018)96 final, 2018/044 (COD).

¹²⁸ Art. 4 Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, Bruselas, 12.3.2018, COM(2018)96 final, 2018/044 (COD).

¹²⁹ Art. 2 (e) Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos.

¹³⁰ No obstante, téngase en cuenta que la ley aplicable a la constitución de garantías sobre los bienes inmateriales sea la ley de la residencia habitual del otorgante de la garantía no está tan claro, a no ser que lo admita el ordenamiento jurídico, *Vid.* B.S. Jiménez-Gómez: "La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, n.º 789, pp. 13-53.

¹³¹ C. L. Reyes, "Creating Cryptolaw for the Uniform Commercial Code", *Washington and Lee Law Review*, vol. 78, n.º 4, 2021, pp. 1521-1609.

encuentra localizado el deudor¹³². Aunque el sistema de garantías que implementa la legislación estadounidense tiene el objetivo de dar a conocer a los futuros acreedores si existen gravámenes sobre los bienes para poder otorgarlos en garantía, el sistema actual sigue presentando errores por la dificultad de la búsqueda en los registros¹³³.

10. Ejecución

El Principio 17 UDAP no articula un procedimiento de ejecución de garantías reales sobre activos digitales, puesto que se limita a recordar que la ejecución de garantías reales se sujeta a Derecho nacional, incluyendo los requisitos para actuar de buena fe o de una manera comercialmente razonable¹³⁴. La remisión al Derecho nacional se entiende tanto referida a las cuestiones materiales de la ejecución como a las cuestiones procesales¹³⁵, sin perjuicio de que el Derecho procesal deba adaptarse a la ejecución de los activos digitales, como, por ejemplo, que una autoridad pública pueda tomar control de los activos digitales.

El criterio de conexión para la ejecución de las garantías reales sobre activos digitales que representen bienes en el mundo físico, en principio, será la ubicación del bien tanto mueble como inmueble, pues se entiende que la ejecución es un aspecto jurídico-real dentro del ámbito de aplicación del art. 10.1º Cc. La ley del Estado donde se encuentre el bien se entenderá también aplicable a la ejecución¹³⁶. Por tanto, si la garantía se ha constituido y resultado oponible según la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del otorgante de la garantía¹³⁷, el mismo criterio de conexión debería regir la ejecución de la garantía. En el sistema de DIPr español no existen reglas adicionales para los activos digitales, con la excepción de la Ley del mercado de valores, cuyo ámbito de aplicación resulta limitado a la representación de valores mobiliarios mediante TRD, pero que pudiera servir de modelo para establecer precisiones adicionales en el marco de los derechos reales. A este respecto se alude a la ley del emisor¹³⁸, que podría

¹³² Jiménez-Gómez: *Garantías reales sobre bienes inmateriales...*, *op. cit.*, p. 245 y ss.

¹³³ Reyes: "Creating Cryptolaw...", *loc. cit.*, p. 1526.

¹³⁴ Principio 17 (1) UDAP.

¹³⁵ Principio 18 UDAP.

¹³⁶ *Vid.* en este sentido, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas (2007), Recomendación 218 (b)

¹³⁷ *Vid. supra.*

¹³⁸ Art. 5(1) de la LMVSI. La norma no se refiere ni al domicilio estatutario ni a la administración central, la ley del Estado del emisor de los activos digitales debería ser el domicilio estatutario, puesto que aporta mayor seguridad jurídica y normalmente se encuentra fijado en

interpretarse como la ley del domicilio del emisor. No obstante, la norma contenida en el art. 5.1º Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión solo resulta aplicable a determinados aspectos como el registro y transmisión de los cripto-valores.

Dado que el método de control resulta el favorito por los UDAP para que las garantías reales adquieran la oponibilidad frente a terceros, incluida la prioridad, se considera que la ejecución de las garantías reales oponibles por control debería ser directa e incluso automática, no haciendo referencia a la necesidad de la intervención judicial. Algunos ordenamientos jurídicos prescinden incluso de las notificaciones al poseedor del bien cuando éste puede disminuir su valor rápidamente o venderse en un mercado reconocido¹³⁹. Un mercado se reconsidera “reconocido” cuando los bienes son fungibles y no están sujetos a la negociación individual de los precios, como la bolsa de valores o los mercados de materias primas.

Sin embargo, cuando la garantía real sobre el activo digital la mantiene un custodio que la ha hecho oponible a terceros por otro medio distinto al control, el acreedor garantizado deberá recurrir a un juzgado u otra autoridad pública para ejecutar la garantía, salvo que acuerde otra forma con el custodio¹⁴⁰.

11. Insolvencia

El Principio 19 UDAP establece que la titularidad sobre los activos digitales, incluidas las garantías reales, que sean oponibles frente a terceros también son oponibles frente al administrador concursal, los acreedores y terceros en un procedimiento de insolvencia. Estas cuestiones de oponibilidad frente a terceros pueden estar sujetas a los UDAP o al Derecho nacional¹⁴¹. Con este principio se pretende la inmunidad del acreedor garantizado cuando el deudor entre en situación de pre-concursal o concursal, porque la efectividad de la garantía real en un procedimiento de reestructuración también debiera continuar en un eventual concurso del deudor. Sin embargo, la inmunidad del acreedor garantizado no es absoluta, ya que el Derecho nacional determina las normas de prioridad de créditos, la nulidad o anulabilidad de las operaciones que se realicen en fraude de

los estatutos sociales, de forma que es cognoscible por terceros. En este sentido, concordaría con la norma de conflicto establecida en el principio 5 por los UDAP, *vid. infra*.

¹³⁹ *Vid.* art. 78(8) de la Ley Modelo de CNUDMI sobre operaciones garantizadas, art. 33 del Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados.

¹⁴⁰ Principio 17 (2) UDAP.

¹⁴¹ Principio 19 (1) UDAP.

terceros y la ejecución de los derechos de un bien bajo control o supervisión del administrador concursal¹⁴². Esta lista no tiene carácter exhaustivo y recuerda las especificidades del Derecho concursal que puede favorecer a las autoridades fiscales o los costes del procedimiento pre-concursal.

Dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) de insolvencia 2015/848 de 20 de mayo de 2015¹⁴³, la ley del Estado de apertura del procedimiento determinará los bienes que forman parte de la masa y el tratamiento de los bienes adquiridos por el deudor, o que se transfieran, después de la apertura del procedimiento de insolvencia (art. 7.2º.b REI). La regla general es que el Estado miembro donde se sitúe el centro de intereses principales del deudor sea el Estado donde se abra el procedimiento principal (art. 3.1º REI).

Con respecto a las garantías reales el art. 8 REI contiene una excepción a la regla general, según la cual si los bienes, ya sean materiales o inmateriales, se encuentran en el territorio de otro Estado miembro, no quedarán afectados por la apertura del procedimiento principal de insolvencia. El problema que ocurre es que el Reglamento europeo no contiene reglas de situación para los activos digitales, por tanto, se tendría que acudir al Derecho nacional para la localización de estos. El art. 723 del Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁴⁴ considera la situación de los bienes incluso cuando estos se encuentren en terceros Estados (no miembro de la UE) para determinar los efectos de la declaración del concurso sobre las garantías reales. No obstante, tampoco tienen precisiones de localización específicas para los activos digitales.

La única norma actual en el ordenamiento jurídico español que tenga en cuenta la TRD, se encuentra en el art. 5.1º Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión, si bien solo para los valores mobiliarios representados por medio de la TRD, donde establece la libertad de elección de la ley aplicable a determinados aspectos como el registro y transmisión de los cripto-valores. Sin embargo, la elección de la ley aplicable debe ser conforme a la ley aplicable al emisor y a la ley aplicable en los términos y condiciones de emisión de valores. Aunque resulta una norma con considerable imprecisión lingüística, pues no se refiere ni al domicilio estatutario ni a la administración central, la ley del Estado del emisor de los activos digitales debería ser el domicilio estatutario; puesto que aporta mayor seguridad jurídica y normalmente, se encuentra fijado en

¹⁴² Principio 19 (2) UDAP.

¹⁴³ Reglamento (UE) nº 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), DO L 141/19 de 5.06.2015.

¹⁴⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE 7.5.2020.

los estatutos sociales, de forma que es cognoscible por terceros. En este sentido, concordaría con la norma de conflicto establecida en el Principio 5 por los UDAP¹⁴⁵.

Por otra parte, la definición de “*insolvency-related proceeding*” no pretende ser una definición general de procedimientos de insolvencia, al estilo de la Guía Legislativa de CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (Nueva York, 2006)¹⁴⁶, sino solo a los efectos de aplicar los UDAP. Se define como un procedimiento colectivo judicial o procedimiento administrativo que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación del deudor insolvente, donde al menos una de las siguientes premisas es aplicable: a) el activo y pasivo del deudor está bajo control o supervisión de un tribunal u otra autoridad competente; b) la potestad del deudor de administrar o disponer de sus bienes está limitada por ley; c) la potestad de los acreedores del deudor para ejecutar los bienes está limitada por ley¹⁴⁷. En cierta manera se puede acomodar al ámbito de aplicación del REI, pues también está previsto para procedimientos colectivos públicos y provisionales, como los efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación¹⁴⁸.

Habida cuenta de que los activos digitales se mantendrán por custodios para los clientes o titulares de estos, resulta destacable que los activos digitales no forman parte del patrimonio de los custodios, en caso de situaciones de insolvencia los custodios¹⁴⁹ o fuera de ella¹⁵⁰. Este planteamiento se conserva para el caso de los activos digitales mantenidos por el custodio a través de un subcustodio¹⁵¹.

El Principio 13 (4) UDAP establece normas guía para el caso de que un custodio entre en una situación de insolvencia, en particular los deberes del administrador concursal, quien tiene que tomar las medidas razonables para controlar que el activo digital mantenido por el custodio cambie de control al cliente o a otro custodio nombrado por el cliente¹⁵². Además, debe transmitir los derechos que el custodio tiene frente al subcustodio con respecto al activo digital mantenido para el cliente del custodio, o si no, hacer accesible al cliente

¹⁴⁵ *Vid. Infra*.

¹⁴⁶ Según la CNUDMI, un procedimiento de insolvencia es un procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente, *Guía Legislativa* para. 12. Epígrafe u), disponible: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf.

¹⁴⁷ Principio 2(6) UDAP.

¹⁴⁸ Art. 1(1) REI.

¹⁴⁹ Principio 13 (2) UDAP.

¹⁵⁰ Principio 13 (1) UDAP.

¹⁵¹ Principio 13 (3) UDAP.

¹⁵² Principio 13 (4)(a) UDAP.

dichos derechos, posibilitando el nombramiento de otro custodio por el cliente¹⁵³. Para el caso de que sea el subcustodio el que entra en situación de insolvencia, el custodio que mantiene los activos digitales para el cliente debe obtener el control de tales activos digitales del administrador concursal o mantener el activo digital con otro subcustodio¹⁵⁴.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Principio de autonomía de la voluntad

El Principio 5 UDAP se refiere únicamente al Derecho aplicable, no hace ningún tipo de recomendación con respecto a la competencia judicial internacional¹⁵⁵. El epígrafe (1) establece la libertad de elección de la ley aplicable al activo digital, lo cual resulta un principio muy controvertido para regir los aspectos jurídico-reales de los bienes¹⁵⁶. Estructuralmente se establece una cascada de posibilidades para determinar la ley aplicable. Destaca que no solo es posible elegir una ley nacional, sino que también los participantes o programadores del activo digital podrían optar por los UDAP como ley aplicable, siempre que lo hagan de una forma expresa¹⁵⁷. Para que tal elección de ley sea considerada expresa tiene que estar claro en los registros vinculados al activo digital y tiene que estar disponible para las personas que están operando con el activo digital en concreto¹⁵⁸. Si esa ley no es posible verificarla, la ley aplicable será la que especifica el sistema donde está registrado el activo digital, incluyendo también la posibilidad de que se rija conjuntamente por la ley de un Estado y los Principios UDAP¹⁵⁹. En este caso para determinar si esa ley aplicable está especificada en el sistema, se aplica el mismo criterio que para el activo digital concreto, es decir, tiene que estar disponible para que lo puedan revisar las personas que comercien con el activo digital¹⁶⁰.

¹⁵³ Principio 13(4)(b) UDAP.

¹⁵⁴ Principio 13(8) UDAP.

¹⁵⁵ Con respecto a la competencia judicial internacional en Derecho español, *vid. supra*, epígrafe III. 8. Activos vinculados.

¹⁵⁶ European Association of Private International Law, anexo II consulta pública. A diferencia de la autonomía de la voluntad para los aspectos contractuales que ha ido calando en la mayor parte del mundo, por ej., con respecto a Centroamérica y Sudamérica, *Vid. J. Oviedo-Albán, "News on conflictual autonomy in Latin American international private law", Unif. L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 271–278.

¹⁵⁷ Principio 5(1)(a) UDAP.

¹⁵⁸ Principio 5(2)(b) UDAP.

¹⁵⁹ Principio 5(1)(b) UDAP.

¹⁶⁰ Principio 5(2)(b) UDAP.

Las cautelas son necesarias para la protección de terceros y la seguridad en el tráfico, por eso tendrá que ser “incrustada” la ley aplicable dentro de la red TRD o crear un *smart contract* específico para cumplir con estas cautelas, pues solo así podría ser tal elección verificable por las partes que comercian con el activo digital. En el ordenamiento español, destaca el nuevo art. 5,1º Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión. Dicho artículo permite la libre elección de la ley aplicable a los criptoactivos a determinados aspectos como el registro y transmisión de los cripto-valores, si bien solo resulta aplicable para los valores mobiliarios representados por medio de la TRD.

A la luz del Derecho europeo, la elección de los principios UDAP como ley aplicable podría presentar problemas, pues puede entenderse que sólo es válida la elección de una ley nacional, y no normas creadas por organismos no estatales, en función de la interpretación del art. 3.1º del Reglamento Roma I¹⁶¹. Destaca que el RRI es de aplicación universal por los tribunales de la UE, es decir, que tendrían en cuenta cualquier ley aplicable, aunque fuera la de un Estado no miembro de la UE¹⁶². Sin embargo, las partes podrían incorporar por referencia los UDAP, en su conjunto o una parte de ellos¹⁶³.

La libertad de elección de ley aplicable tiene el riesgo de crear un *forum shopping* por parte de los programadores. No obstante, dada la ausencia de elección de la ley aplicable en los activos digitales en la TRD, en particular en las redes públicas y los que no requieren de autorización (no permitidos), se establece la propia ley del domicilio estatutario del emisor del activo digital como se expone a continuación.

2. Régimen subsidiario

Si de las anteriores posibilidades no resulta determinable la ley aplicable, se establece la ley del Estado del emisor de los activos digitales para todos los aspectos jurídico-reales¹⁶⁴. El punto de conexión hace referencia al domicilio estatutario del emisor y no a la administración central, lo cual tiene la ventaja de que suele estar más claro el de la administración central cuando el emisor opera en varios países. La incertidumbre con respecto al domicilio estatutario suele ser menor, porque está fijado en los estatutos de

¹⁶¹ Vid. A. Dickinson, “Cryptocurrencies and the conflict of laws”, en D. Fox, S. Green (eds), *Cryptocurrencies in public and private law*, Oxford, OUP, 2019, pp. 93-137, p. 107

¹⁶² Art. 2 Reglamento Roma I.

¹⁶³ Considerando 13, Reglamento Roma I.

¹⁶⁴ Principio 5(1)(c) UDAP.

la sociedad, siempre que el emisor sea una persona jurídica. En cualquier caso, los UDAP imponen la condición de que el domicilio estatutario debe ser fácilmente comprobable por el público.

Además, los UDAP son innovadores en el sentido de que limitan el significado de “emisor” de activos digitales a una persona jurídica que cumple cuatro premisas: (1) debe introducir en el flujo comercial el activo digital a cambio de un valor, es decir, se está excluyendo la emisión de activos digitales que no tengan interés comercial; (2) la persona debe identificarse a sí misma con un nombre que sea fácilmente reconocible por terceros; (3) la persona debe haber identificado su domicilio estatutario, de forma que sea comprobable fácilmente por el público y (4) la persona debe identificarse a sí misma como quien introduce el activo digital, o los activos digitales con la misma descripción, dentro del comercio a cambio de un valor¹⁶⁵. Para ser calificado como “emisor” deben cumplirse los requisitos nombrados anteriormente con objeto de que pueda ser aplicable la ley del Estado del emisor. En nuestra opinión, la definición de emisor resulta muy restrictiva, pues se condiciona a cuatro condiciones que no se cumplirán en todos los casos, en particular, cuando no sean personas jurídicas las emisoras de activos digitales.

Asimismo, se establece la presunción de que la persona que transmite, adquiere o comercia con el activo digital consiente que la ley aplicable sea la que especifica el activo digital, la que especifica el sistema donde está inscrito el activo digital o la ley del Estado donde tiene su domicilio estatutario el emisor del activo digital¹⁶⁶. En una versión previa de los UDAP se hacía referencia a que se considera que la persona consiente a que las leyes anteriores sean las aplicables. Sin embargo, en la última versión de los UDAP (mayo 2023) se cambió “*is deemed to consent*”, por “*consent*”. Esta ley aplicable lo es también para todos los activos digitales de la misma descripción¹⁶⁷, lo cual parece simplificar la expresión, pero supondrá el otorgamiento de consentimiento implícito por el simple hecho de comerciar con el activo digital.

Este punto de conexión no se aplica a las personas físicas que puedan actuar de emisores. En este caso cuando no resulta clara la elección de la ley en el propio activo digital o en el sistema en el que está inscrito, los Principios posibilitan dos opciones para los Estados¹⁶⁸. La opción A considera por orden jerárquico el Derecho sustantivo de la ley del foro tal como especifique el Estado del foro, los Principios UDAP tal como se

¹⁶⁵ Principio 5(2)(f) UDAP.

¹⁶⁶ Principio 5(2)(c) UDAP.

¹⁶⁷ Principio 5(2)(d) UDAP.

¹⁶⁸ Principio 5(1)(d) UDAP.

especifiquen en el foro y si ninguna de las anteriores ofrece respuesta, se debe acudir a las normas de Derecho internacional privado del foro. La opción B es una forma simplificada de tratar la ley aplicable, ya que hace solo referencia a los UDAP tal como los especifique el foro, y, en segundo lugar, a las normas de Derecho internacional privado del foro. Es decir, excluye la aplicación de las normas sustantivas del foro. Esto puede tener sentido si tal Estado no ha adoptado ninguna norma referente a activos digitales¹⁶⁹ o bien como un enfoque transitorio hasta que el Estado adopte los UDAP¹⁷⁰.

Como resulta evidente la ley del foro será distinta en función de los tribunales que tengan competencia con respecto a las acciones legales relativas a los activos digitales. No obstante, la *lex fori* podría resultar la más adecuada cuando las partes no han elegido la ley aplicable¹⁷¹. En este sentido adquieren mayor relevancia las normas de atribución de la competencia judicial internacional. El art. 22 *quinquies* f) de la LOPJ otorga competencia judicial internacional a los tribunales españoles en materia de derechos reales sobre bienes muebles, cuando el bien mueble se encuentra en España al tiempo de la demanda, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España. Este artículo resulta aplicable cuando el domicilio del demandado esté en un Estado no miembro de la UE con el cual no tengamos un convenio multilateral o bilateral aplicable. Resulta destacable, que este foro especial no se encuentra ni en el Reglamento de Bruselas I *bis* ni en el Convenio de Lugano. Se considera que es un criterio fáctico-descriptivo la ubicación del bien mueble, por lo que se descartan las localizaciones ficticias para la determinación del foro¹⁷². A pesar de esta norma peculiar, encontramos el mismo problema de falta de precisión de localización de un activo digital.

En función de si el Estado ha adoptado normas específicas para activos digitales, puede tener sentido adoptar la opción A o B como proponen los UDAP. Ambas opciones relegan las normas de Derecho internacional privado del foro a un segundo lugar. Se pretende así una mayor certidumbre jurídica ante las diferencias de DIPr que puedan existir. Sin embargo, dado que los Principios solo tratan determinados aspectos jurídico-reales de los activos digitales, será habitual acudir a las normas de conflicto de leyes

¹⁶⁹ Vid. comentario 5.14. UDAP.

¹⁷⁰ Vid. comentario 5.15. UDAP.

¹⁷¹ G. Spindler: "Fintech, Digitalization, and the Law Applicable to Proprietary Effects of Transactions in Securities (Tokens): A European Perspective", *Unif. L. Rev.*, vol. 24, no. 4 pp, 724–737, p. 737.

¹⁷² Vid. F. G. Garcimartín Alférez: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, tema 6, para. 6.44.

nacionales para resolver las cuestiones controvertidas, como se ha explicado en los apartados anteriores¹⁷³.

En cualquier caso, los Principios UDAP establecen una regla de irretroactividad para el caso de que haya un cambio de ley aplicable en el activo digital o los activos digitales de la misma descripción. Se establece que el cambio en la ley aplicable no afectará a los derechos anteriores de los activos digitales¹⁷⁴. Esta regla pretende evitar cambios en el estatus de los derechos sobre activos digitales y dotar de mayor seguridad jurídica las adquisiciones de activos digitales. Sin embargo, deberían existir regímenes transitorios en caso de cambio de ley aplicable para asegurar que la misma ley se aplica a todos los activos digitales¹⁷⁵.

3. Cuestiones relevantes para la interpretación de la norma de conflicto

A continuación, se analiza la segunda parte de la norma de conflicto, pues el epígrafe (1) del Principio 5 comienza considerando el epígrafe (2) del Principio 5 como condicionante del epígrafe (1). En primer lugar, una norma jurídica se aplica a los aspectos jurídico-reales de los activos digitales, a pesar de que los participantes de la red o sistema sólo quieran registrarse por un código informático a modo de *lex cryptographia* y pretendan desvincularse de la respectiva legislación aplicable. Y esta afirmación se mantiene, aunque se argumente que la ley aplicable es complicada o produce resultados poco claros, o incluso aunque altere el funcionamiento de la red o su carácter internacional. El Principio 5(2)(a) UDAP pretende dejar claro que el ordenamiento jurídico de un Estado tiene preferencia con respecto a los consensos de protocolo informático en cuanto a las cuestiones de propiedad, en particular, la adquisición o liquidación de los activos digitales. Por tanto, la libre elección de la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de los activos digitales que predica el Principio 5(1) UDAP tiene varios límites.

Sin perjuicio de las distancias respecto al concepto de “sistema” en la TRD, este límite resulta similar a los de la Directiva 98/26/CE sobre firmeza de la liquidación de sistemas de pago y liquidación de valores, donde el sistema entendido como un acuerdo formal entre tres o más participantes, puede ser regido por el Derecho de un Estado miembro que elijan los participantes.

¹⁷³ *Vid. supra*, epígrafes 8, 9, 10 y 11.

¹⁷⁴ Principio 5(2)(e) UDAP.

¹⁷⁵ *Vid.* comentario 5.17. UDAP.

Es decir, la elección solo puede ser entre los Derechos de los Estados miembros donde al menos uno de ellos tenga su administración central¹⁷⁶.

Por otra parte, el Principio 5(3) UDAP excluye dentro de los aspectos jurídico-reales la ley aplicable a la relación entre un custodio y su cliente. Se especifica que la ley que determina los derechos y obligaciones de un custodio con su cliente, así como si el contrato es un contrato de custodia entra dentro del ámbito de aplicación de la ley del contrato de custodia, o si fuera diferente a ella, la ley especificada en el título IV de los Principios UDAP, que abarca los Principios 10, 11, 12 y 13 UDAP. Dado que los custodios pueden elegir la ley aplicable a sus relaciones jurídicas con los clientes, se pretende que una única ley rija los aspectos contractuales y jurídico-reales en lugar de las diversas leyes que pudieran especificar cada activo digital o sistema¹⁷⁷. La norma aplicable a las relaciones de los custodios se refiere a los aspectos contractuales donde el principio de autonomía de la voluntad está más extendido como posibilita el art. 3 del Reglamento Roma I de aplicación universal en el ámbito de la UE.

Asimismo, el Principio 5(4) UDAP establece la subordinación de los epígrafes (1) y (2) al (3), es decir, que los aspectos jurídicos-reales se subordinan a la ley que defina el contrato de custodia. Con esta regla se pretende que exista una alienación de la ley aplicable entre los aspectos jurídico-reales y los contractuales de los Principios 10 al 13 UDAP. Debe matizarse que, si los custodios son entidades reguladas, se podría restringir su elección de ley aplicable, porque el Derecho imperativo no puede ser obviado por los Principios.

En este sentido, la ley española podría resultar aplicable por elección de las partes del contrato de transmisión de los activos digitales; o porque el domicilio del emisor de los activos digitales se encuentre en España aplicando la propia norma de conflicto de los UDAP¹⁷⁸. Además, en nuestra opinión, con base en la normativa de protección de inversores, podría resultar aplicable también el Derecho español si la adquisición se ha realizado en el mercado español, lo cual sería especialmente relevante para las adquisiciones de buena fe de activos digitales. Habida cuenta de que las plataformas que ofrecen servicios de custodia y canjeo de activos digitales y sus clientes tienen su domicilio en distintos Estados, lo determinante será definir si la actividad de los prestadores de servicios de custodia y canjeo se encuentra dirigida al mercado español. Para saber si se encuentra dirigida al mercado español, se trataría de conocer si los prestadores de estos

¹⁷⁶ Vid. Art. 2 de la Directiva 98/26/CE sobre firmeza de la liquidación de sistemas de pago y liquidación de valores. DOCE nº166 de 11.06.1998.

¹⁷⁷ Vid. comentario 5.18. UDAP.

¹⁷⁸ Vid. epígrafe IV.1

servicios han manifestado la voluntad de establecer relaciones comerciales con clientes situadas en España. A estos efectos puede servir el art. 61 del Reglamento MICA, que establece cuando una empresa de un tercer país capta clientes o potenciales clientes en la UE, con independencia de los medios de la comunicación utilizados para la captación¹⁷⁹. En caso contrario, cuando un cliente situado en España da inicio, por su propia iniciativa exclusiva, a la prestación del servicio de criptoactivos por parte de una empresa de un tercer país, no se aplicaría la ley española.

Además, se excluye del ámbito de aplicación de los UDAP dos cuestiones: (a) la efectividad frente a terceros de las garantías reales sobre activos digitales que se hagan efectivas *erga omnes* por un método distinto al de “control”; y (b) la prioridad entre los acreedores garantizados que se hayan hecho efectivas *erga omnes* por un método distinto al de “control”¹⁸⁰. Por tanto, el Principio 5(5) deja fuera de los Principios cuestiones de orden económico fundamental, que algunos Estados podrían considerarlas de orden público, donde no se deja margen a la autonomía de la voluntad, ya que los registros se establecen mediante criterios objetivos, normalmente la localización del bien en el caso de los registro inmobiliarios, el Estado de protección en el caso de los derechos de propiedad industrial e intelectual o el Estado de localización del otorgante de la garantía en legislaciones de corte estadounidense¹⁸¹. La política legislativa de los Estados mediante estos criterios objetivos pretende que la información sobre los bienes esté disponible al público o personas interesadas, lo cual aporta seguridad jurídica¹⁸². En consecuencia, este resulta otro límite a la libertad de elección de la ley aplicable para los operadores o titulares de los activos digitales, cuando pretenden otorgar o recibir estos bienes como garantías, pues debe ser una ley nacional, y no los propios UDAP, la normativa aplicable.

Finalmente, los epígrafes (6) y (7) del Principio 5 UDAP hacen referencia a las situaciones de insolvencia. Primero, se establece que los acontecimientos que hayan ocurrido antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia se rigen por la norma de conflicto del principio 5¹⁸³. Segundo, se especifica que la ley aplicable a la insolvencia rige cuestiones relacionadas con (a) la prioridad de los créditos, (b) la nulidad o anulabilidad de las transacciones con objeto de defraudar a los

¹⁷⁹ Cuando esa empresa, incluso a través de una entidad que actúe en su nombre o que tenga vínculos estrechos con dicha empresa de un tercer país o cualquier otra persona otra persona que actúe nombre de dicha entidad. Art. 61.1º para 2 Reglamento MICA.

¹⁸⁰ Principio 5(5) UDAP.

¹⁸¹ *Vid. supra*, epígrafe 8.

¹⁸² Para un mayor análisis sobre el registro de garantías que propone la CNUDMI, *Vid. Jiménez-Gómez: Garantías reales ..., op. cit.*, p. 177-180.

¹⁸³ Principio 5(6) UDAP.

acreedores y (c) la ejecución de los derechos sobre un activo que está bajo control o supervisión del administrador concursal¹⁸⁴. Aquí el término “control” tiene un significado general y no el restrictivo del Principio 6 UDAP¹⁸⁵. Las normas determinantes de la aplicación de la *lex fori concursus* o de la ley bajo la cual se ha constituido la garantía sobre activos digitales pueden tener mucha relevancia para la pretendida inmunidad de las garantías en las situaciones de insolvencia. Las normas sobre inmunidad de las garantías se establecen dentro del ordenamiento jurídico español en el REI, cuando éste resulta aplicable, y en el Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁸⁶. Actualmente, dichas normas no tienen precisiones al respecto de la situación de los activos digitales, por lo que existe una laguna legal en estos casos.

V. CONCLUSIONES

Una de las formas de incrementar la seguridad jurídica y predictibilidad del ordenamiento jurídico se consigue a través de las normas de conflicto y de Derecho sustantivo aplicables a los activos digitales. Mientras desde el punto de vista del Derecho público e imperativo más protector de los inversores se están haciendo avances a nivel nacional y supranacional, el Derecho privado parece generarse de una forma más pausada, entre otras cuestiones, porque implica la revisión de conceptos clásicos jurídico-reales cuyo soporte final resulta ser el Derecho romano.

Los UDAP constituyen el primer paso para la unificación del Derecho privado relativo a los activos digitales. En tal sentido resulta relevante la prioridad que otorgan los principios al ordenamiento jurídico y no a la *lex criptográfica* o normas de consenso computacional. En primer lugar, la definición de “activo digital” resulta muy bienvenida y está en la línea con la de criptoactivo del Reglamento MICA, aunque la de los Principios abarca también a los NFTs. Los UDAP incluyen conceptos novedosos, como el de “control”, pues es fáctico y no jurídico. El concepto de “control” es el eje vertebrador de los Principios, pues sobre él se asientan la definición de activos digitales y los conceptos claves de custodia, transmisión de activos digitales e incluso la posibilidad de usarlos como garantías reales, sin olvidar la vulnerabilidad de las situaciones de insolvencia del propio titular o tercero que mantiene los activos digitales.

¹⁸⁴ Principio 5(7) UDAP.

¹⁸⁵ Vid. comentario 5.25. UDAP.

¹⁸⁶ Vid. *supra.*, epígrafe 11. Insolvencia.

En segundo lugar, los UDAP no regulan todas las cuestiones substantivas relativas a los activos digitales, tales como, la validez de las transferencias o cesiones, incluyendo la validez de la constitución de una garantía real sobre activos digitales, la oponibilidad frente a terceros de las cesiones de activos digitales o algunos requisitos para la oponibilidad de las garantías reales sobre activos digitales, así como sus consecuencias. Sin embargo, los Principios aportan mayor seguridad jurídica y eficiencia a las operaciones relativas a activos digitales, porque establecen una norma de conflicto para resolver ley aplicable de los activos digitales en las relaciones internacionales. En este sentido, resulta relevante la apertura de los UDAP en cuanto a la elección de la ley aplicable nacional o incluso no estatal, como los propios Principios, o por ambos, siempre y cuando la elección de los propios participantes o programadores del activo digital, lo hayan declarado de forma expresa. Las cautelas son necesarias para la protección de terceros y la seguridad en el tráfico, por eso la ley aplicable tendrá que ser “incrustada” dentro de la red TRD o crear un *smart contract* específico para cumplir con estas cautelas, pues solo así podría ser tal elección verificable por las partes que comercian con el activo digital. El art. 5(1) de la Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión se alinea con la libre elección de la ley aplicable, si bien solo resulta aplicable a los valores mobiliarios representados por medio de la TRD.

En tercer lugar, el régimen subsidiario utiliza como criterio de conexión el Estado del emisor de los activos digitales para todos los aspectos jurídico-reales. No obstante, la definición de emisor resulta muy restrictiva, ya que se condiciona a cuatro condiciones que no se cumplirán en todos los casos, en particular, cuando no sean personas jurídicas las emisoras de activos digitales.

En cuarto lugar, se establece presunciones a favor de la ley aplicable especificada en el activo digital o sistema cuando la persona comercia con el activo digital, entendiéndose como tal la mera transmisión. Esto podría dar lugar a un *forum shopping* por parte de los programadores. No obstante, dada la falta de elección de la ley aplicable en los activos digitales en la TRD, en particular, en las redes públicas y las que no requieren de autorización (“*permissionless*”), se establece la propia ley del domicilio estatutario del emisor del activo digital.

En quinto lugar, los Principios no ofrecen claramente una respuesta con respecto a la ley aplicable a la constitución de garantías reales sobre activos digitales, más allá de las posibilidades antes comentadas. En nuestra opinión, debería ser la ley de la residencia habitual del otorgante de la garantía la que determinara tales aspectos, incluyendo también la

efectividad *erga omnes* de la garantía, la prioridad de los acreedores garantizados y la ejecución de la garantía.

En sexto lugar, con respecto a la insolvencia, aunque los UDAP pretenden garantizar la inmunidad de las garantías constituidas sobre activos digitales, lo cierto es que las normas determinantes de tal inmunidad se encuentran en el ordenamiento español en el REI y en el Texto Refundido de la Ley Concursal. Actualmente, dichas normas no tienen precisiones al respecto de la situación de los activos digitales, por lo que existe una laguna legal.

Finalmente, en nuestra opinión, los UDAP adquirirán una mayor presencia internacional realizando la función de interpretar y complementar el Derecho nacional cuando no existan normas sobre activos digitales en el ordenamiento nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Allen, J. Rauchs, J., Blandin, A., Bear, K., "Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets", Cambridge Centre for Alternative Finance, University of Cambridge Judge Business School, 2020.
- Amorós Guardiola, M., "La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, nº 1, 1972, pp. 189-263.
- Andreeva Andreeva, V., "Conflicto de leyes en las transacciones de criptomonedas", *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXI, 2022, pp. 21-49.
- Balthazor, A., "The Bona Fide Acquisition Rule Applied to Cryptocurrency", *Georgetown Law Technology Review*, 2019, vol. 3, pp. 402-425.
- Campuzano Gómez-Acebo, J., Sieira Gil, J., "Tokenización de activos físicos. Tokenización inmobiliaria y mobiliaria", en A. Madrid Parra y C. Pastor Sempere (dirs.), *Guía de cryptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 111-138.
- Castro Lucini, F., "Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor Federico de Castro", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº 4, 1983, pp. 1227-1242.
- De Filippi P. y A. Wright, A., "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (March 10, 2015).", p. 48. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664.
- De Miguel Asensio, P.A., "Instrumentos financieros y tecnología de registros distribuidos en el proyecto de ley de los mercados de valores y de los servicios de inversión: cuestiones de Derecho aplicable", *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022, pp. 1-6.
- De Vauplane, H., "Blockchain and intermediated securities", *Nederlands international privatrecht*, 2018, pp. 94-103.
- Dickinson, A., "Cryptocurrencies and the conflict of laws", en D. Fox, S. Green (eds), *Cryptocurrencies in public and private law*, Oxford, OUP, 2019, pp. 93-137.
- Estrella Faria, J. A., "The influence of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts in national laws", *Unif. L. Rev.*, Vol. 21, 2016, pp. 238-270.

- European Bank Authority (EBA), *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 January 2019.
- European Law Institute, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, Viena, 2022.
- European Securities and Market Authority (ESMA), *Advice to the EU Commission on Initial Offerings and Crypto-Assets*, 9 January 2019.
- Fernández Rozas, J. C., "Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, pp. 81-216.
- Fernández Rozas, J.C., Entrevistado en la entrevista, "Los principios UNIDROIT son el instrumento esencial del Derecho de los Negocios Internacionales", *Iuris: Actualidad y práctica de Derecho*, 2014, No. 212, pp. 8-14.
- Ferrer Molina, R., "Tokenización de acciones y participaciones sociales", en A. Madrid Parra y C. Pastor Sempere (dirs.), *Guía de criptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 97-110.
- Financial Stability Board, *Regulation, Supervision and Oversight of Crypto-asset Activities and Markets*, 11.10.2022, disponible en <https://www.fsb.org/2022/10/regulation-supervision-and-oversight-of-crypto-asset-activities-and-markets-consultative-report/>
- Garcimartín Alférez, F. G., *Derecho internacional privado*, 6 ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021.
- Garcimartín Alférez, F.J., Paz-Ares Rodríguez, C., "Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros", *RDM*, 2000, nº 238, pp. 1479-1518.
- Hern, A., "MtGox files for bankruptcy in Japan after collapse of bitcoin exchange", *The Guardian*, 28.02.2014, disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2014/feb/28/bitcoin-mtgox-bankruptcy-japan> (última consulta 2.07.2023).
- Illescas Ortiz, R., "Los Principios de UNIDROIT: ¿una nueva lingua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?", en David Morán Bovio (coord.), *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 1 Ed., 2009, pp. 389-390
- Jiménez-Gómez, B.S., "La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 2022, No. 789, pp. 13-53.
- Jiménez-Gómez, B. S., "Régimen jurídico aplicable a los intereses de demora en el arbitraje internacional: propuestas de armonización", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº42, 2021, pp. 1-37, pp. 28-29.
- Jiménez-Gómez, B.S., "Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies", *InDret*, No. 1, 2023, pp. 61-97.
- Jiménez-Gómez, B.S., "Distributed Ledger Technology in Financial Markets: the European Union Experiment", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, No. 2.
- Jiménez-Gómez, B.S., "El derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología blockchain", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, No. 168, pp. 141-170.
- Jiménez-Gómez, B.S., "Risks of Blockchain for Data Protection: a European Approach", *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 36, issue 3, 2020, pp. 281-343.
- Jiménez-Gómez, B.S., *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- Joaquim Bonell, M., *An international Restatement of Contract Law*, 3 edn. Transnational Publishers, 2005, p. 2.

- Lehmann, M. y Haentjens, M., "The law governing secured transactions in digital assets", *Hazelhoff Research Paper Series no. 12*, 2023, consultado en SSRN.
- Lehmann, M., "Who Owns Bitcoin? Private (International) Law Facing the Blockchain", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2019, vol. 21, No.1, pp. 93-136.
- Meyer, O., "The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law", *Unif. L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 599-611, p. 611.
- Michaels, R., "The UNIDROIT Principles as Reference for the Interpretation of U.S. Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 66, Issue suppl 1, July 2018, pp. 31-65. Este autor lo denomina "global background law".
- Morán Bovio, D. (ed.), *Comentario a los principios de unidroit para los contratos de comercio internacional*, segunda edición, Aranzadi, 2003
- Oviedo-Albán, J., "News on conflictual autonomy in Latin American international private law", *Unif. L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 271-278.
- Palá Laguna, P., "Los criptoactivos valores negociables como nueva categoría de derechos-valor", *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, N° 31, 2022.
- Plaza Penadés, J., "La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non fungible token)", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, No. 60, 2022, editorial.
- Rauch M. et al., *Distributed Ledger Technology Systems, A Conceptual Framework*, University of Cambridge Judge Business School, Agosto 2018, p. 28, disponible en <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>
- Reyes, C. L., "Creating Cryptolaw for the Uniform Commercial Code", *Washington and Lee Law Review*, vol. 78, no. 4, 2021, pp. 1521-1609.
- Ruiz Rodríguez, R., "Blockchain y Derecho internacional privado", *REEI*, 2022, n° 43, pp. 1-30.
- Ruíz Rodríguez, R., "Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, n° 2, pp. 740-757.
- Spindler, G., "Fintech, Digitalization, and the Law Applicable to Proprietary Effects of Transactions in Securities (Tokens): A European Perspective", *Uniform Law Review*, vol. 24, no. 4, pp. 724-737.
- Tirado, I., Di Nicola, C., "UNIDROIT's project on digital assets and private law: Towards a legal taxonomy and set of principles", G. Finocchiaro, L. Balestra, M. Timoteo (a cura di) *Major Legal Trends in the Digital Economy, The Approach of the EU, the US, and China*, Il Mulino, Bolonia, 2022, pp. 211-229.
- UNCITRAL, *Exploratory work on legal issues related to the digital economy – reports of events*, 15 de mayo 2020, 53 periodo de sesiones Nueva York, 6-17 julio 2020, p. 10, para. 47.
- Von Savigny, F.C., *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Veit & Comp, 1853, p. 97.
- Walch, A., "Congres, don't rush regulating cripto", *Coindesk*, 14.09.2021, disponible: <https://www.coindesk.com/policy/2021/08/02/congress-dont-rush-regulating-crypto/> (última consulta 2.07.2023).
- Walch, A., "The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)", *Rev. Banking & Fin. L.*, vol. 36, 2017, pp. 713-765.
- Yahya M. A. & Pecharsky, N., "Crypto-Litigation: An Empirical Overview for 2020-Present", *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, 2022, vol. 25, No. 2, pp. 195-234.

Recibido: 1 septiembre 2023
Aceptado: 25 septiembre 2023

La prueba de la cualidad de heredero en Italia. Una nueva inmersión en el debate de la consideración de los notarios como “tribunales” a efectos del art. 3.2º del Reglamento 650/2012

Pablo M. MELGAREJO CORDÓN *

SUMARIO: I. Introducción. II. Documentos probatorios de la cualidad de heredero del ordenamiento jurídico italiano. 1. *Atto di notorietà*. 2. *Certificato di eredità*. 3. Otros documentos. A) *Dichiarazione di successione*. B) Certificado de muerte. C) Aceptación de la herencia III. El notario italiano en la expedición del *atto di notorietà*: ¿tribunal o profesional notarial? IV. Propuesta de mejora del sistema sucesorio italiano. V. Conclusiones.

RESUMEN: En el ordenamiento jurídico italiano existen diferentes formas de probar la cualidad de heredero, como el *atto di notorietà* expedido por la autoridad notarial, lo que plantea la polémica de su consideración como “tribunal” a los efectos del art. 3, apartado segundo del Reglamento 650/2012. Las consecuencias que se derivan de la inclusión del notario en el término tribunal en sede de competencia judicial internacional no parecen insustanciales, si se tiene en cuenta que los notarios italianos, como autoridades no judiciales con competencias en materia sucesoria, quedarán vinculados por las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, en defecto de la normativa interna que, a todas luces, contempla unos foros más amplios en términos de territorialidad. Tampoco parecen irrelevantes las repercusiones en el sector del reconocimiento y ejecución, pues el documento que expida la autoridad viajará por los distintos Estados miembros como una resolución y no como un documento público. Finalmente, la última parte de este trabajo adquiere un cariz propositivo y se dedica al desarrollo de un instrumento jurídico que permita probar la cualidad de heredero de manera sencilla, eficaz y segura jurídicamente, no solo para el propio país en el que se expide, sino también en el resto de Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: *ATTO DI NOTORIETÀ*, NOTARIO ITALIANO, CERTIFICADO SUCESORIO NACIONAL, REGLAMENTO 650/2012, ART. 3.2º.

The proof of heir status in Italy: a fresh dive into the debate on the notaries consideration as 'courts' under article 3 (2) of Regulation 650/2012

ABSTRACT: In the Italian legal system, there are various methods for establishing one's status as an heir, such as the “*atto di notorietà*” issued by a notarial authority. This raises the contentious issue of whether such notaries should be considered “courts” within the scope of Article 3, second

* Profesor Contratado predoctoral de la Universidad de Granada.

paragraph of Regulation 650/2012. The implications of including notaries under the term “court” for international judicial competence do not appear trivial, especially given that Italian notaries, as non-judicial authorities with jurisdiction over succession matters, would become bound by the international judicial competence rules of the Regulation, despite domestic legislation providing broader territorial forums.

The consequences also extend to the realm of recognition and enforcement, as the document issued by the authority would traverse various Member States as a judgment rather than a public document. Lastly, this work's final section assumes a proactive stance and delves into the development of a legal instrument that facilitates the straightforward, efficient, and legally secure establishment of one's heirship status, not only within the issuing country but also across other Member States.

KEYWORDS: ATTO DI NOTORIETÀ, ITALIAN NOTARY, NATIONAL SUCCESSION CERTIFICATE, REGULATION 650/2012, ARTICLE 3 (2).

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de investigación de este trabajo es analizar los documentos existentes en el ordenamiento jurídico italiano destinados a probar la cualidad de heredero en los procesos *mortis causa*. El principal objetivo de esta tarea es examinar la actuación de los notarios en la expedición de dichos títulos, a fin de arrojar algo de luz a la discusión científica latente acerca de la consideración de los notarios –en este caso los italianos– como “tribunales”, atendiendo a lo dispuesto en el art. 3, apartado segundo del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹ (en lo sucesivo RES).

La escasa claridad del legislador de la UE y las disímiles interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) –incluso contradictorias con lo dispuesto en los Considerando 20²– sobre la hermenéutica del art. 3, apartado segundo del RES, han generado un debate en gran parte de los Estados miembros que adoptaron el Reglamento, en relación con la posible consideración de las autoridades no judiciales con competencia en materia sucesoria como “tribunales” en los términos de dicho precepto. Asumir que estas autoridades no judiciales ejercen en

¹ DO nº 201 de 27.7.2012.

² Que refiere literalmente: “... se debe dotar al término “tribunal” de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal.”

calidad de tribunales en sucesiones transnacionales, conduce ineludiblemente a dos consecuencias inmediatas: 1) vinculación por las normas de competencia judicial internacional del RES, recogidas en el Capítulo II, descartando la normativa interna –cuyos foros son, habitualmente, más generosos–; 2) circulación del instrumento como “resolución” (art. 3.1º letra g)) y no como “documento público” (art. 3.1º letra i))³.

Disipar dudas sobre esta cuestión pasa de forma inevitable por someter a un estudio de Derecho comparado los principales instrumentos jurídicos presentes en el ordenamiento jurídico italiano, aun cuando su sistema sucesorio adolece y sufre los efectos de la fragmentación y la falta de uniformidad⁴, como se verá a lo largo de este trabajo. Igualmente se compararán tales documentos con otros medios de prueba utilizados en Estados miembros como Francia, España, Alemania o Austria. Al margen lo anterior, se hace necesario señalar que, en Italia no es utilizada, ni conocida la emisión de certificados de herederos. En otros términos, la prueba de la cualidad de heredero no se obtiene por la expedición de un documento que tramite una entidad u organismo público⁵. No obstante, queda prevista la posibilidad de acudir a un notario para que protocolice un acto de notoriedad en el que dos testigos aseveren la condición de heredero del interesado⁶.

Por tanto, la estructura de este trabajo se encuadra en una primera parte, en la que se analizarán de forma prolija aquellos medios de prueba que *a priori* certifiquen la cualidad de heredero, si bien fijando la mirada en el *atto di notorietà*, dado que se configura como el único documento que protocoliza el notario italiano en este sentido. Tras ello, y siendo coherente con el objeto y objetivo de esta investigación, una segunda parte de esta

³ Vid. en este sentido: P. Jiménez Blanco: “El concepto de órgano jurisdiccional en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019, pp. 131–137; M. Requejo Isidro: “El art. 3, ap. 2, del Reglamento 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del derecho”, *REEI*, nº 39, 2020, pp. 10–15.

⁴ Así lo refiere igualmente F. Padovini: “La revisione del Codice Civile italiano: Semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.) “*Certificato successorio europeo e certificati di eredità nazionali: l’attuazione*” (del Regolamento ue n. 650/2012 negli ordinamenti giuridici italiano, tedesco e austriaco”, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2022, p. 12.

⁵ En este sentido vid. M. Álvarez Torné: “*Criterios de determinación de la competencia internacional en supuestos de sucesiones en el ámbito de la UE*” p. 115. Tesis de acceso abierto en <https://miami.uni-muenster.de/Record/8d813d54-fb3d-43d1-9e0b-b0f8677767cd> (último acceso 16/07/2023).

⁶ Esta información está disponible tanto el Portal E-Justice como el Consejo de los Notariados de la Unión Europea en sus secciones correspondientes. Enlaces disponibles respectivamente en: <https://e-justice.europa.eu/166/ES/succession?ITALY&member=1> y <http://www.authentic-acts.eu/en/questions-italy/#succession-it-en> (último acceso 16/07/2023).

contribución ha de centrarse exclusivamente en las actuaciones que el notario italiano lleva a cabo en la expedición del *atto di notorietà*. Y ello con la intención de constatar si esta autoridad puede resolver, en virtud de su propia potestad, un eventual conflicto *inter partes*. Recuérdese que este fue el criterio establecido por el TJUE en el caso *WB*⁷ para definir el término “tribunal”:

“... la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los posibles puntos controvertidos que existan entre las partes en cuestión ...” (ap. 55).

Pretendiendo que esta contribución sea lo más íntegra y completa posible, se reserva la tercera parte del trabajo a las propuestas de mejora al ordenamiento jurídico italiano relativas a la creación de un certificado sucesorio nacional, con las que dotarlo de homogeneidad, uniformidad, eficacia probatoria y mayor seguridad jurídica. En última instancia, el trabajo finaliza plasmando las conclusiones que hayan podido extraerse de la investigación realizada.

II. DOCUMENTOS PROBATORIOS DE LA CUALIDAD DE HEREDERO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Tal como se refirió anteriormente, el sistema sucesorio italiano presenta profundas grietas entre sus medios para probar el *status* de heredero. De un lado, no existe un certificado sucesorio nacional destinado exclusivamente a probar que un sujeto ostenta dicho *status*. De otro lado, cuando es necesario, la práctica habitual es recurrir a la figura del notario para que expida un acta de notoriedad en la que se recoja la condición de sucesor. Por último, en algunas regiones italianas⁸ –aquellas en las que se sigue utilizando los *libri fondiari*⁹, que se configuran como registros públicos de bienes inmuebles–, es común la utilización del *certificato di eredità* que, como se verá más adelante, es expedido por autoridades judiciales.

De este modo, y en consecuencia con lo expuesto, así como en la parte introductoria, existe una fisura que divide en dos modelos el sistema sucesorio italiano. El primero de ellos es el que opera en la mayor parte del territorio de la República italiana, toda vez que no existe un certificado

⁷ STJUE 23 de mayo de 2019 de junio de 2018, *WB*, asunto C-658/17. [ECLI:EU:C:2019:444].

⁸ Se hace referencia a aquellos territorios adquiridos por Italia tras la I Guerra Mundial, a saber: Trentino-Alto Adigio y Venezia.

⁹ Sobre la definición de *libri fondiari* puede verse la definición de este diccionario jurídico en italiano: <https://www.brocardi.it/dizionario/4020.html> (último acceso 20/07/2023).

sucesorio como principal medio de prueba de la cualidad de heredero. De ahí que, en ocasiones, se recurra al acto de notoriedad genérico a tales efectos. Como se verá, en otras situaciones no es necesario recurrir a este instrumento, pues otros documentos sirven como medio de prueba. El segundo, que se sostiene sobre el *certificato di eredità*, y al que suele recurrirse en las regiones de Trentino–Alto Adigio y Venezia, guarda una estrecha relación con los certificados sucesorios alemán y austríaco (*Erbschein*) dado que es una autoridad judicial la encargada de su tramitación y expedición¹⁰.

1. Atto di notorietà

El atto di notorietà es un documento expedido por un oficial público¹¹, normalmente un notario, y a instancia del interesado, en el que se recoge la declaración del solicitante y la de dos testigos –debidamente identificados sin interés en el procedimiento– que afirman tener conocimiento de ciertos hechos que son públicamente conocidos. En otras palabras, esta figura, a través de la declaración de un sujeto, acompañado por las declaraciones juradas de dos testigos, certifica la notoriedad de un hecho legalmente relevante ante la autoridad competente para transformarla en documento. Desafortunadamente no existe una definición legislativa de *atto di notorietà*, tampoco se ha recogido en ningún texto normativo cuál debe ser el procedimiento a seguir para su expedición¹², sino que su regulación es parcial y dispersa en distintos instrumentos jurídicos como la *Legge 7 agosto 1990, n.º 241 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*¹³ (art. 5) o la *Legge 23 marzo 1956, n.º 182 Norme relative a nuove attribuzioni dei funzionari delle*

¹⁰ Sobre ello *vid.* T. Pertot: “Successioni internazionali e prova della qualità di erede: fra certificati di eredità nazionali e certificato successorio europeo” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.) “*Nuevi modelli si siditto successorio: prospettive interne, europee e compatate*”, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2020, pp. 160–161; *vid.* igualmente F. Padovini: “La revisione del Codice Civile italiano: Semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.), *Certificato successorio europeo... op. cit.*, pp. 13–15.

¹¹ En Italia existe la figura del Canciller que se encuentra habilitado para la expedición de actos notorios aunque con mayores impedimentos que un notario. Así lo recoge el art. 5 del Regio Decreto de 9 de octubre de 1922: “*Gli atti notori e i verbali di giuramento di perizie stragiudiziali, sono ricevuti dal cancelliere, eccettuati i casi nei quali le disposizioni in vigore richieggano che l'atto notorio sia formato davanti al magistrato*”.

¹² En este sentido *vid.* a la magistrada A. Fasano: “La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e il regime della prova nel processo civile. Il contrasto giurisprudenziale e la sentenza n. 12065 del 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, vol. 68, 2014, pp. 5–9.

¹³ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n.º 192 del 18–08–1990.

*cancellerie e segreterie giudiziarie*¹⁴ (art. 8) y el *Regio Decreto 9 ottobre 1922, n° 1366 Concernente la semplificazione di taluni servizi delle cancellerie e segreterie giudiziarie*¹⁵ (art. 30).

En principio, todo apunta a que este instrumento permite probar cualquier hecho y declaración que no entre en conflicto con la ley, incluidas aquellas situaciones referidas al estado civil o cualidades de una persona, un hecho en concreto conocido públicamente, etc. Y, efectivamente, el *atto di notorietà* es un medio válido para probar la condición de heredero, puesto que no existe otro medio similar en este sentido y, además, así lo confirma la práctica notarial cotidiana. No obstante, aun siendo válida, su eficacia probatoria no solo ha sido puesta en duda, sino que incluso ha sido rechazada por la jurisprudencia más autorizada y por parte de la doctrina, reduciendo drásticamente su utilidad a procedimientos en los que no existan desavenencias entre las partes o frente algunos supuestos concretos ante la Administración Pública.

En este orden, la *Corte Suprema di Cassazione* suprime cualquier resquicio de valor probatorio, inclusive indiciario, al *atto di notorietà* en el proceso civil, al entender, que uno de sus principales principios, el de carga de la prueba, se menoscaba si se le otorga valor probatorio a las propias declaraciones de las partes. De esta forma lo refiere literalmente el Tribunal Supremo italiano:

*“...in difetto di diversa, specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere ad essa attribuito nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell'onere della prova, atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c., da proprie dichiarazioni”*¹⁶.

Esta posición también es adoptada por parte de la doctrina, que no solo resta la eficacia probatoria a este documento, sino que basa el escaso valor que posee en la sanción que se le impone a la persona que declare falsamente:

¹⁴ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n° 82 del 06-04-1956.

¹⁵ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n° 265 del 13-11-1922.

¹⁶ Extracto de la sentencia Cass., Sez. un., 14 ottobre 1998, n° 10153. Enlace disponible en: <https://www.jstor.org/stable/23193562> (último acceso 20/07/2023). Igualmente instructiva, sobre la falta de eficacia probatoria del *atto di notorietà*, resulta la sentencia Cass., 20 luglio 1998, n. 7107, con nota di E. Fabiani: “Orientamenti giurisprudenziali sull'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva di atto notorio”, *Foro italiano*, 1999. Enlace disponible en: <https://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11055840> (último acceso 20/07/2023).

“...l'atto di notorietà non ha alcun effetto particolare intrinseco e si fonda, nella sostanza, sulla sanzione in cui incorre chi dichiara il falso al pubblico ufficiale che riceve proprio l'atto di notorietà, tant'è che la tutela del traffico giuridico risulta affidata alla disciplina sugli acquisti dall'erede apparente”¹⁷.

Todo lo anterior remite a un escenario en el que el *atto di notorietà* se posiciona como un documento de mínima eficacia, limitada aptitud y, en la mayoría de los casos, como una mera ilusión. Parece que el siguiente símil con la física pudiera ser útil para terminar de ejemplificar la naturaleza de este documento. La fuerza centrífuga es una “falsa” fuerza que empuja los objetos hacia afuera desde el centro de rotación. Sin embargo, en realidad, no es una fuerza real, sino más bien la tendencia de un objeto en movimiento a continuar en línea recta debido a la inercia, en lugar de seguir la curva del desplazamiento circular. Al margen las insalvables distancias entre ambas ramas de conocimiento, algo parecido ocurre con el *atto di notorietà*, pues es impulsado por una fuerza centrífuga que aparentemente despidе sus efectos hacia el exterior, esto es, frente a terceros. Dejando atrás el plano físico y volviendo al jurídico, en realidad, tal como se ha evidenciado, es un documento que se antoja insuficiente e inadecuado para un ámbito tan complejo como es el sucesorio. A duras penas puede sorprender que, si la eficacia de este instrumento es reducida en el plano interno para Italia, cuando se trate de una sucesión transfronteriza, este documento sea visto, en el mejor de los casos, con desconfianza y recelo y, en el peor, como un elemento desorientador para los operadores jurídicos de otros Estados que, muy probablemente, no conozcan los efectos probatorios del mismo¹⁸. En definitiva, resulta llamativo que en el ámbito del Derecho privado un documento con estas características se revista de cierto valor probatorio por las consecuencias negativas derivadas –a saber, la sanción que se impone si la información aseverada es falsa– y no por las formalidades que habrían de darse en un acto solemne, más aún cuando es expedido por un fedatario público.

En una estela similar se mueve la *dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*, cuya regulación principal se encuentra en el *Decreto del Presidente della Repubblica* de 28 diciembre 2000 n° 445, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*¹⁹.

¹⁷ Para un estudio con mayor profundidad *vid.* F. Padovini: “Il certificato successorio europeo”, *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato (e library)*. Enlace disponible en: <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=28/2803&mn=3#note> (último acceso 22/07/2023).

¹⁸ Esta misma opinión es compartida por T. Pertot: “Successioni internazionali e prova della qualità di erede...”, *loc. cit.*, pp. 165–166.

¹⁹ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n° 42 del 20 de febrero de 2001.

El art. 47 de este cuerpo normativo se dedica en integridad a este documento:

“1. L'atto di notorietà' concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato e' sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38.

2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.

3. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà”.

Además, el art. 38 en su apartado tercero recoge las formalidades previstas para que la Administración Pública acepte dicha declaración:

“Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà' da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità' del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento e' inserita nel fascicolo. Le istanze e la copia fotostatica del documento di identità' possono essere inviate per via telematica; nei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, detta facoltà e' consentita nei limiti stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59. (L)”

En primer lugar, atendiendo a los requisitos de forma impuestos por la legislación citada, a saber, presentar la solicitud ante una Administración Pública u operadores de servicios públicos, firma del solicitante ante el empleado responsable, fotocopia auténtica del documento de identidad y el expediente, parece más bien que se trata de un documento homólogo a la declaración jurada española en la que un particular afirma ciertos hechos bajo su propia responsabilidad ante una autoridad judicial o administrativa. En segundo lugar, la normativa nada refiere sobre el hecho de que esta declaración pueda formalizarse ante notario, por lo que, de ser así –esto es, de no precisarse intervención de autoridad pública– no existe interés para el estudio de este documento en este trabajo.

Si dicha declaración pudiera ser formalizada ante una autoridad notarial, se entiende que no es necesaria la participación en el procedimiento de dos testigos, sino exclusivamente los requisitos que establece el propio artículo: que el solicitante firme la declaración ante la autoridad competente y que sea presentada junto a una copia auténtica del documento de identidad y del propio documento.

A pesar de todo lo anterior, habría que, cuando menos, cuestionarse la utilidad que tiene este documento en el ámbito sucesorio para probar la cualidad de heredero. Fuera de toda duda queda la nula eficacia probatoria que pudiera llegar a adquirir este documento en un proceso *mortis causa*, si se toma como punto de referencia el *atto di notorietà*²⁰ que ya ha sido mermado de eficacia probatoria por la jurisprudencia. Pese a ello, queda abierta la posibilidad de que algunas entidades privadas, como bancos, acepten –o no– esta declaración para acreditar su cualidad de sucesor.

3. Certificato di eredità

El *certificato di eredità* se configura como un documento emitido por el tribunal del último domicilio del causante, en el que se acredita la cualidad de heredero o legatario de un individuo en un proceso sucesorio. La normativa del *certificato di eredità* está publicada en el *Regio Decreto 28 marzo de 1929, n° 499. Disposizioni relative ai libri fondiari dei territori delle Nuove Province*²¹.

El contenido del certificado hace alusión a detalles esenciales como la identidad del heredero, la parte proporcional que le corresponde de la herencia y los bienes que conforman el caudal hereditario. Si a lo anterior se añade que a este instrumento se le dota de efectos probatorios dado que se trata de una resolución judicial –a fin de inscribir bienes y derechos en el Registro correspondiente o para la transmisión de bienes y ejecución de la herencia– se evidencia, como ya se expuso, la estrecha relación de similitud con el *Erbschein* alemán y austríaco²².

Este certificado es expedido por el tribunal del lugar en el que se abrió la sucesión, (que es el correspondiente al último domicilio del causante), mediante la solicitud –firmada auténticamente– del interesado, incluso en aquellos procesos en los que exista testamento²³ (art. 13 RD 499/1929). Para aquellos casos en los que se cuente con un testamento, el solicitante deberá entregar copia auténtica del mismo, el certificado de defunción del *de cuius* y probar su relación con el difunto para que el juez examine la

²⁰ Sobre la eficacia de este documento, aun cuando se refiere a un proceso concreto *vid.* G. Antico: “Dichiarazione sostitutiva di atto notorio non efficace nel giudizio tributario”, *Commercialista telematico*, 2017.

²¹ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n° 91 del 18 de abril de 1929.

²² *Vid.* nota a pie de página 8.

²³ En los procesos sucesorios en los que existan bienes inmuebles, la emisión del certificado es obligatoria para continuar con el procedimiento. De hecho, así queda previsto en el art. 13 del RD 499/1929: “Ove nell'eredità' siano compresi beni immobili, la richiesta del certificato è obbligatoria”.

documentación (art. 14 RD 499/1929). Llama poderosamente la atención que el art. 15 *in fine* del RD 499/1929 imponga al solicitante la obligación de declarar la existencia o no de disputas pendientes sobre el derecho a suceder. Desde luego, sería desafortunado afirmar que el legislador de la época –principios del siglo XX– ya conjeturaba sobre la posibilidad de dirimir conflictos en procedimientos de jurisdicción voluntaria, sin embargo, sí que puede entreverse la intención de que los procedimientos sucesorios se ventilen de forma pacífica o, al menos, con los menores índices de litigiosidad posibles, en beneficio de las partes y del propio sistema judicial. Asimismo, según lo dispuesto en el art. 16 RD 499/1929, el juez hará constar en el certificado la existencia de puntos controvertidos en el proceso sucesorio.

Si se atiende a lo dispuesto en el art. 16 de este *Regio Decreto*, resulta evidente que este procedimiento goza de sólidas garantías jurídicas. En este sentido, el juez que se encargue de expedir el certificado impone criterios propios a la hora de aceptar las pruebas que considere oportunas o de señalar cualquier deficiencia que encuentre en la solicitud o los medios de prueba. Asimismo, puede requerir al interesado para que preste declaración bajo juramento con las consecuencias legales derivadas de cometer perjurio²⁴. Igualmente, si existiesen cuestiones en disputa sobre el derecho a suceder o terceros con intereses en el proceso, el juez puede ordenar su comparecencia. Es más, podrá, a expensas del solicitante, publicar un aviso en boletines oficiales y periódicos extranjeros invitando a las partes interesadas a formular su oposición en el procedimiento en el marco de un periodo temporal establecido²⁵.

De tal suerte que este certificado se configura como un instrumento más seguro y eficaz que el *atto di notorietà*, habida cuenta del procedimiento descrito donde el juez controla *de iure* y *de facto* no solo los aspectos formales a la hora de expedir el documento, sino que también vela por los intereses de terceros interesados. A razón de lo anterior, resulta lógico que dicho documento tenga la vocación de ser inscrito en el Registro (art. 13 *in fine*).

²⁴ En concreto, la horquilla punitiva de este delito oscila entre los 6 meses y tres años de prisión, *vid.* art. 371 Codice Penale ubicado en el Título III sobre los delitos contra la Administración de Justicia: “*Chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Nel caso di giuramento deferito d'ufficio, il colpevole non è punibile, se ritratta il falso prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici*”.

²⁵ Sobre el procedimiento de expedición del certificado di eredità *vid.* F. Tommaseo: “Il certificato di eredità: struttura del procedimento e poteri del giudice”, *Notariato*, 2007, pp. 191–195. *Vid.* igualmente: C. Benanti: “Il certificato successorio europeo: ragioni, disciplina e conseguenze della sua applicazione nell’ordinamento italiano – parte prima”, *NGCC*, 2014, pp. 95 y 96.

Las diferencias entre el *certificato di eredità* y *atto di notorietà* son más que sustanciales: mientras el primero está sometido a un firme control de condiciones, tanto de forma como de fondo, el segundo se basa en la mera declaración del solicitante y dos testigos; en tanto en el primero se pretende la declaración de terceros interesados para ser escuchados en sede judicial, en el segundo solo queda prevista la intervención del solicitante; a la vez que en el certificado se impone una condena penal en caso de cometer perjurio, en el *atto di notorietà* la sanción es administrativa; igualmente destacable resulta que el documento judicial puede y tiene vocación de ser inscrito en el Registro de la Propiedad, mientras que el documento notarial no cuenta con tal opción; por último, el certificado nace con la intención de acreditar la condición de heredero o legatario y solo se expide en algunas regiones de Italia, entretanto el *atto* es utilizado en toda la República, pero no está concebido a tales fines en el proceso sucesorio, sino que se ha configurado como un “remedio” a la falta de un certificado sucesorio nacional.

Las inconciliables e insalvables diferencias entre ambos documentos hacen colisionar frontalmente al sistema italiano con la uniformidad esperada de un ordenamiento jurídico coherente y completo. Ello conduce irremediablemente al legislador italiano a elegir entre la creación de un certificado sucesorio nacional que pudiera ser expedido por un notario o extender el *certificato di eredità* con el propósito de homogeneizar el modo de acreditar la condición de heredero y simplificar los procesos sucesorios²⁶.

3. Otros documentos

El ordenamiento jurídico italiano recoge una serie de documentos de importancia relativa en el marco de los procesos *mortis causa*, con lo que se han suscitado dudas en torno a su aptitud para acreditar la cualidad de heredero de las personas interesadas. Estos documentos son: A) la *dichiarazione di successione*; B) el certificado de muerte; y C) la aceptación de la herencia.

A) *Dichiarazione di successione*

Se trata de un documento obligatorio en toda sucesión, de naturaleza fiscal, mediante el que se le comunica a la *Agenzia Entrate* (Agencia

²⁶ Para más información a este respecto, *vid.* F. Padovini: “La revisione del Codice Civile italiano: semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.), *Certificato successorio europeo e certificati di eredità nazionali...*, *op. cit.*, pp. 8–12; *Vid.* asimismo: G. Gabrielli y F. Tommaseo: *Commentario della legge tavolare*, 2ªed., Giuffrè, Milano, 1999, pp. 145–148.

Tributaria) el fallecimiento del causante, su patrimonio, herederos y los impuestos que han de liquidarse. Salvo que se curse la renuncia expresa por parte de los interesados, o cuando los herederos sean cónyuge, hijos y/o parientes en línea recta (padres, abuelos y nietos) y el activo no supere los 100.000 euros, todos los herederos, legatarios, así como los curadores o administradores de la herencia y los ejecutores testamentarios, han de tramitar la *dichiarazione di successione*. Su regulación principal se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 31 octubre 1990, n° 346²⁷, principalmente en los arts. 28, 29, 30 y 33. Al tratarse de normativa tributaria, al igual que ocurre en otras ramas del Derecho, el legislador actualiza asiduamente la legislación, incluyendo el procedimiento y también el formulario²⁸.

Sobre el valor que se le ha dado a este instrumento, ha sido necesaria la intervención de la jurisprudencia de la *Corte Suprema di Cassazione*, que ha indicado que no es posible probar la cualidad de heredero exclusivamente mediante la presentación de la *dichiarazione di successione*, pues se trata de un documento eminentemente fiscal y no implica necesariamente la aceptación de la herencia. Así lo recoge en su sentencia n° 868/2017²⁹:

*“...inoltre, le prodotte dichiarazioni di successione, per il loro mero rilievo fiscale, non apparivano idonee ai fini della prova della qualità di eredi, non dimostrata neppure in sede di opposizione”*³⁰.

No obstante, no niega su valor indiciario:

*“E quanto al valore da attribuire alla dichiarazione di successione, e, sempre con la citata sentenza 13738/2005 – in parte motiva – questa Corte afferma che essa, sebbene non comporti ex se l'accettazione tacita dell'eredità, in quanto atto preordinato a fini essenzialmente fiscali, non di meno, in presenza d'un'attività costituente prova d'accettazione implicita, a sua volta assume valore d'elemento indiziario che nella prova stessa trova supporto ed al contempo nel medesimo senso la rafforza”*³¹.

²⁷ Publicado en: *Gazzetta Ufficiale* n° 277 del 27 noviembre de 1990. Suplemento ordinario n° 75.

²⁸ La página web oficial de la Agencia Tributaria pone a disposición del ciudadano, entre otros documentos relacionados, el modelo actualizado de *dichiarazione di successione*. Enlace disponible en: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/schede/dichiarazioni/dichiarazione-di-successione/modiistr-dichsucc> (último acceso 27/07/2023). Resulta realmente instructivo visualizar el contenido del documento para observar que se trata de un documento destinado a la Administración tributaria y que se aleja en cuanto a forma y fondo de cualquier documento notarial o judicial.

²⁹ Cass. sent. n° 868/2017 del 16/01/2017. Enlace disponible en: <https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-868-del-16-01-2017> (último acceso 20/08/2023).

³⁰ Fundamento de hecho 1°.

³¹ Fundamentos de derecho 1° y 2°.

Aun cuando la jurisprudencia no ha negado el valor indiciario de la *dichiarazione*, queda claro que su naturaleza no es probatoria, ni siquiera fue contemplada por el Derecho civil, por lo que queda demostrada su ineficacia para probar la cualidad de heredero.

B) Certificado de muerte

Presente en todos los ordenamientos jurídicos, el certificado de muerte es el documento que acredita el fallecimiento de una persona, pero nada menciona sobre quiénes son sus herederos ni qué bienes estaban incluidos en el patrimonio del causante antes de su fallecimiento.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo italiano³² consolida la falta de idoneidad de este certificado para probar la cualidad de heredero, aunque siembra ciertas dudas si éste se acompaña de un testamento (en las sucesiones testamentarias) o de un *stato di famiglia*³³ (en las sucesiones legítimas). Y ello a pesar de que los propios Registros públicos indican que el *stato di famiglia* es utilizable únicamente en relaciones entre particulares³⁴.

“...e tuttavia un certificato di morte non è di per sè idoneo a dimostrare la qualità di erede in capo a chicchessia, in mancanza di uno stato di famiglia o di un testamento...”.

Del tenor literal del extracto de la sentencia parece que la Corte deja abierta la posibilidad de probar la condición de heredero a través del certificado de muerte si se le acompaña de otros documentos (testamentos o *stato di famiglia*).

C) Aceptación de la herencia

Huelga señalar que la aceptación de la herencia puede realizarse de forma expresa, a través de una escritura pública o contrato privado, o tácita,

³² Cass. sent. n° 31695/19 del 11/07/2019. Enlace disponible en: <https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-31695-del-04-12-2019> (último acceso 20/08/2023).

³³ Documento expedido por el Registro Nacional (<https://www.anagrafenazionale.interno.it/servizi-anagrafici/certificati/>) en el que se acreditan los miembros que componen la familia. (último acceso 20/08/2023).

³⁴ Así lo indica la página web del Registro Nacional Único: *“I certificati sono validi e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della Pubblica Amministrazione e i gestori di pubblici servizi, i certificati sono sempre sostituiti dalle autocertificazioni.”* Disponible en: <https://www.anagrafenazionale.interno.it/servizi-anagrafici/certificati/> (último acceso 20/07/2023).

mediante actitudes, acciones y comportamientos que solo un heredero podría llevar a cabo, *ad. ex.* presentar una demanda para obtener la división de la herencia, tomar posesión y uso de un inmueble... Así lo confirman los arts. 474 ss del *Codice Civile*³⁵.

Una vez que la aceptación de la herencia se materializa en un documento, sea público o privado, se suscita de nuevo la duda acerca de si es un medio apto para demostrar que un sujeto es heredero del causante. La *Corte Suprema di Cassazione* en su sentencia de 30 de abril de 2010³⁶ refiere:

*“Questa Corte ha avuto modo di affermare il principio secondo cui la delazione che segue l'apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, perché a tale effetto è necessaria anche, da parte del chiamato, l'accettazione mediante aditio oppure per effetto di pro herede gestio oppure per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 C.C.”*³⁷.

De este modo, el Tribunal Supremo señala de forma meridianamente clara que la aceptación de la herencia es un documento válido en sede judicial para probar que un sujeto actúa en calidad de heredero.

III. EL NOTARIO ITALIANO EN LA EXPEDICIÓN DEL *ATTO DI NOTORIETÀ*: ¿TRIBUNAL O PROFESIONAL NOTARIAL?

En la introducción de este trabajo ya se adelantó que la consideración o no de una autoridad no judicial con competencia en materia sucesoria guarda una indisoluble relación de dependencia con el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El TJUE ha venido confirmando que el punto neurálgico de este debate se centra en si la autoridad competente puede dirimir conflictos *inter partes* en virtud de su propia potestad.

En efecto, este será el criterio que se utilizará en este trabajo para dilucidar sobre la posibilidad de incluir al notario italiano en la expedición del *atto di notorietà* en el término tribunal del ya citado art. 3.2º RES. A pesar de ello, antes de comenzar con el examen analítico de la actuación del notario, resulta conveniente realizar dos breves apuntes. El primero de ellos se refiere al hecho de que el TJUE asió la definición del término funciones

³⁵ *Gazzetta Ufficiale* nº79 del 4-4-1942.

³⁶ Cass. sent. nº 10525/2010 de 30/04/2010. Enlace disponible: https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=3188:cassazione-civile-sez-lavoro-30-aprile-2010-n-10525-compiti-e-obblighi-del-direttore-dei-lavori-&catid=16&Itemid=138 (último acceso 22/08/2023).

³⁷ Fundamento jurídico 11.1.

jurisdiccionales del Asunto *Solo Kleinmotoren*³⁸. Que el TJUE rescate y cite su jurisprudencia es una práctica habitual y comúnmente aceptada, distinto es que se utilicen los términos establecidos en un asunto que versa sobre compraventa de maquinaria agrícola y se trasladen inmaculados al ámbito del Derecho de familia y sucesiones. Ello, cuando menos, aparenta ser un error, más aún si se tiene presente que la sentencia se publicó hace casi 30 años, por lo que no da la sensación de ajustarse a la realidad del momento³⁹.

El segundo hace referencia a la circunstancia de que en otros reglamentos la definición de tribunal u órgano jurisdiccional es mucho más amplia y flexible, no dejando espacio ni al debate, ni a la inseguridad jurídica. Sirva de ejemplo el Reglamento Bruselas II ter⁴⁰, que define como “órgano jurisdiccional” en su art. 2.2º.a:

“cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación de tal Reglamento”.

Muy diferente es el criterio escogido en el RES o en los Reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales⁴¹ y uniones registradas⁴², en los que se vincula la noción de tribunal al ejercicio de funciones jurisdiccionales. La disparidad de criterios no se justifica, aun cuando los ámbitos de aplicación de estos instrumentos jurídicos sean diferentes, incluso menoscaban la seguridad jurídica de la UE y la cohesión y unidad tan ansiada por la Unión.

Por lo que se refiere al ejercicio de funciones jurisdiccionales del notario italiano en la expedición del *atto di notorietà*, se adelanta que no se aprecia en ninguna fase del procedimiento de protocolización de este documento la capacidad para resolver puntos controvertidos entre las partes. Indubitado

³⁸ STJUE 2 de junio de 1994, *Solo Kleinmotoren*, asunto C-414/92 [ECLI:EU:C:1994:221].

³⁹ En este mismo sentido se pronuncia R. Rueda Valdivia: “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE” en Á. Lara Aguado (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 143.

⁴⁰ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Publicado en: DO nº 178 de-7. 2.2019.

⁴¹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Publicado en: DO nº 183 de 8.7.2016.

⁴² Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Publicado en: DO nº 183 de 8.7.2016.

resulta que, a excepción del ejercicio de funciones jurisdiccionales, el notario italiano es un profesional del Derecho con competencias en materia sucesoria y que ofrece garantías de imparcialidad y da derecho a las partes a ser oídas. Además, en cualquier caso, la resolución del notario puede ser recurrida o revisada por un órgano judicial. Se suscitan serias dudas sobre el último de los requisitos del art. 3.2º referido a que la resolución tenga fuerza y efectos análogos a los de una resolución judicial de la misma materia.

Cuando el notario italiano expide el *atto di notorietà*, exclusivamente recoge lo que el solicitante le indica junto al testimonio de las dos personas que testifican. En el mismo sentido en el que se refirió *supra*, no hay un control del resto de herederos, tampoco se le es solicitado al interesado más documentación adicional para verificar su condición de heredero –más allá de su documento de identidad y la de los testigos–, ni siquiera es un documento creado específicamente para este procedimiento. Resulta destacable, igualmente, que un notario, en el marco del procedimiento de expedición del *atto di notorietà*, no podría protocolizar un acto de notoriedad sobre un hecho controvertido. Descrito en términos más sencillos, si alguna otra parte se presenta en este procedimiento –aunque la posibilidad sea remota– para negar la notoriedad del hecho o para aportar datos contradictorios, el notario lógicamente no expedirá el acta y el asunto deberá ventilarse judicialmente, si así lo estiman oportuno las partes. Una lectura precipitada podría conducir a la conclusión errónea de que el *atto di notorietà* es un documento homólogo o similar a la declaración de herederos *abintestato*⁴³

⁴³ Para más información a este respecto *vid.* R. Rueda Valdivia: “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE” en Á. Lara Aguado (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012*:... *op. cit.*, pp. 84–90, esp. 84; P.M. Melgarejo Cordon, “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?”, en R. Rueda Valdivia, (Dir.), *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa); P.M. Melgarejo Cordon, “Reflexiones acerca de la consideración de ‘tribunal’ a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español en la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria en el proceso sucesorio. Un debate abierto”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.), *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 532–536.

Vid. asimismo M. Trapote Rodríguez: “Acta de declaración de herederos abintestato. Especial referencia a las sucesiones transfronterizas”, *Notarios y Registradores*, 28/10/2015, Ap. 14. Enlace disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/acta-de-declaracion-de-herederos-abintestato-especial-referencia-a-las-sucesiones-transfronterizas/#sucesiones-abintestato-transfronterizas> (último acceso 16/08/2023) o I. Espiñeira Soto, “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, *Notarios y Registradores*, 9 de julio de 2018, p. 9. Acceso disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/>

o al *acte de notoriété*⁴⁴ en materia de sucesiones francesa, en las que los notarios español y francés sí que ejercen funciones jurisdiccionales y deben ser considerados tribunales a tales efectos. Empero, son sustanciales las particularidades que los diferencian.

En primer lugar, tanto la declaración de herederos como el *acte de notoriété*⁴⁵ fueron creados precisamente para probar la cualidad de heredero en los procesos *mortis causa*. De forma diametralmente opuesta, el *atto di notorietà* es un instrumento del Derecho civil italiano destinado a probar la notoriedad de uno o varios hechos, junto al testimonio de dos testigos, pero privado de eficacia probatoria en el ámbito de las sucesiones, tanto por la más autorizada jurisprudencia, como por la doctrina civilista italiana⁴⁶.

En segundo lugar, la declaración de herederos y el *acte de notoriété* fueron revestidos de valor probatorio en sus sistemas sucesorios respectivamente, configurándose como documentos públicos de índole sucesoria para probar fehacientemente la cualidad de heredero. El valor probatorio de estos instrumentos los hace asemejarse en cuanto a fuerza y efectos a una resolución judicial, cumpliendo, por ende, con lo dispuesto en el art. 3.2 letra b) del RES. No así el *atto di notorietà*, que siendo privado de eficacia probatoria, y disfrutando en el mejor de los casos de valor indiciario, no existe posibilidad de que posea efectos análogos al, por ejemplo, *certificato di eredità*, que se trata de una resolución expedida por un órgano judicial.

oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-STJUE/#conclusiones (último acceso 27/09/2023); I. Calvo Vidal, "La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54 (marzo-abril de 2014), pp. 144-147. Acceso disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-54/academia-matritense-del-notariado/3700-la-competencia-notarial-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones>. Igualmente: J.M. Fugardo Estivill (dir.), *Extranjería: función notarial y Derecho documental*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 207-260.

⁴⁴ Sobre el *acte de notoriété* francesa vid. J.M., Fugardo Estivill: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 583-587. Vid. igualmente: P.M. Melgarejo Cordón, "Sobre la competencia del notario francés en la expedición del *acte de notoriété* en las sucesiones transfronterizas de la UE", Valencia, Tirant Lo Blanch, (en prensa).

⁴⁵ Fue en el año 2001, con la reforma introducida por la Ley de 3 de diciembre de 2001/1135 (*JORF* n.º 281 du 4 décembre 2001), cuando el *acte de notoriété* quedó apuntalado en el ordenamiento jurídico francés como el instrumento básico -junto al testamento- de las sucesiones tanto legítimas como testamentarias, operando como un certificado sucesorio nacional dotado de plena eficacia jurídica.

⁴⁶ Vid. apartado II, punto primero de este trabajo referente al *atto di notorietà*.

En tercer lugar, resulta esencial traer a colación la posibilidad de resolver aspectos litigiosos que tienen los notarios españoles y franceses en la expedición de tales actas. En este sentido, conviene no dejar de recordar que las sucesiones legítimas suelen estar repletas de dudas interpretativas y cuestiones técnicas⁴⁷. Así, los notarios pueden hallar desencuentros entre las partes, *v.gr.* cuando deba fijarse la residencia habitual del causante antes del fallecimiento –que determinará tanto al tribunal competente como la ley aplicable (salvo ejercicio de la *professio iuris*) en las sucesiones transfronterizas– o cuando aparezca otro heredero *in potentia* no reconocido por el resto de los interesados aportando pruebas sobre su condición. El notario italiano no puede verse en tales situaciones, primero porque no existe en Italia un certificado sucesorio nacional y segundo porque el *atto di notorietà* no sería expedido si hay polémica en cuanto a su notoriedad.

En este procedimiento el notario no comprueba, sino que simplemente recoge lo que el solicitante y los testigos le manifiestan. En cambio en la declaración de herederos *abintestato* (arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado⁴⁸) y el *acte de notoriété* francesa (730-1 a 730-5 del *Code Civil*⁴⁹) el notario solicita a los interesados la información y documentación que acredite su relación con el *de cuius*.

Por lo que, más allá de parecidos en la nomenclatura, en nada se parece el *atto di notorietà* a los documentos brevemente señalados. Huyendo de reiteraciones, ha quedado suficientemente acreditado que el notario italiano no ejerce funciones jurisdiccionales en la expedición del *atto di notorietà*, puesto que este no produce efectos análogos al de una resolución judicial y, aun cuando los tuviese, el notario no se encuentra habilitado para resolver los puntos controvertidos que surjan *inter partes* en virtud de su propia potestad.

IV. PROPUESTA DE MEJORA DEL SISTEMA SUCESORIO ITALIANO

Resulta evidente que el ordenamiento jurídico italiano necesita un instrumento útil, eficaz y fiable a nivel nacional e internacional con el que acreditar la condición de heredero de forma eficiente⁵⁰. Esta carencia, junto

⁴⁷ En este sentido *vid.* F.M., Mariño Pardo: “La aplicación de la regla de la doble porción en la sucesión intestada a sobrinos”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 105, 2022, p. 52.

⁴⁸ Publicado en: *Gaceta de Madrid* n° 149, de 29/05/1862.

⁴⁹ Acceso disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/> (último acceso 29/08/2023).

⁵⁰ *Vid.* T. Pertot: “Successioni internazionali e prova della qualità di erede...”, *loc. cit.*, pp. 165.

a la falta de uniformidad descrita, perjudica los estándares de seguridad jurídica, tanto *ad intra* –para terceros interesados en el proceso sucesorio⁵¹– como *ad extra* respecto del resto de los Estados miembros que adoptaron el RES y pone de manifiesto la necesidad de acometer reformas en el sistema sucesorio. Así lo refieren también algunos autores:

*“Per altro verso, non è dubbio che l'odierno sistema successorio abbia bisogno – accanto a riforme strutturali delle regole sulla tutela dei legittimari e sulle successioni legittime, oltretutto sulle vocazioni testamentarie – di interventi riformatori anche nella parte generale”*⁵².

A resultados de tal menester, podría ser sugerente estudiar la viabilidad de la creación de un certificado sucesorio nacional con el que los herederos pudieran acreditar su cualidad y ejercer sus derechos y de esta manera se homogeneizase el sistema sucesorio actual italiano, a fin de superar la doble bifurcación entre el *atto di notorietà* –y otros medios de prueba– y el *certificato di eredità*. Parte de la doctrina italiana ya se pronunció en ese sentido:

*“I vantaggi offerti dalla previsione di un documento che fornisce la prova dello status di erede (o di legatario) e che consente altresì di proteggere i soggetti terzi sono di tutta evidenza e sono stati colti da chi ne ha sottolineato la potenziale utilità anche in quegli ordinamenti, nei quali tradizionalmente ci si avvale all'uopo di strumenti diversi. In Italia, dove il certificato esaurisce la funzione che gli è propria nell'ambito del sistema pubblicitario dei libri fondiari, vi è, ad esempio, chi suggerisce l'introduzione di un mezzo di prova ad hoc utilizzabile in tutto il territorio nazionale”*⁵³

Mismo razonamiento se sigue en:

*“Più in generale, poi, l'introduzione di un certificato successorio consentirebbe di superare – sia pure non in modo compiuto – la odierna dicotomia, di diritto interno, tra regime generale di impianto francese, privo di strumenti dedicati alla prova della qualità di erede, e regime vigente nei territori dove è stato mantenuto il sistema pubblicitario dei libri fondiari, dove esiste tuttora il certificato di eredità, di derivazione austriaca, concepito in funzione servente rispetto alla intavolazione degli acquisti per causa di morte”*⁵⁴

⁵¹ *Ibid.*, pp. 166–167.

⁵² *Vid.* F. Padovini: “La revisione del Codice Civile italiano: Semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.), *Certificato successorio europeo...*, *op. cit.*, p. 10.

⁵³ *Vid.* T. Pertot: “Successioni internazionali e prova della qualità di erede...”, *loc. cit.*, pp. 168.

⁵⁴ *Vid.* F. Padovini: “La revisione del Codice Civile italiano: Semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.), *Certificato successorio europeo...*, *op. cit.*, p. 12.

En toda propuesta *de lege ferenda* cuestiones complejÍsimas se dan cita y es relativamente sencillo periclitar en razonamientos de escasa profundidad, conclusiones superficiales y propuestas banales de limitado impacto. Habida cuenta de ello, y siempre con el mayor de los respetos al legislador italiano, se presentan a continuación algunos puntos básicos sobre la creación de un certificado sucesorio nacional.

El certificado sucesorio nacional es un documento que prueba la condición de heredero y permite el ejercicio de los derechos y poderes que le corresponde como titular de los mismos. La legitimación para la solicitud de expedición del certificado debe poder ser formulada de forma conjunta o individual y extenderse asimismo a terceros que demuestren un interés legÍtimo en la sucesión. Cuando la solicitud del certificado sea sobre una sucesión testamentaria, el solicitante habrá de aportar igualmente el certificado de defunción y copia auténtica del testamento. Si se tratase de una sucesión intestada será necesario adjuntar el certificado de defunción y aquellos otros documentos que demuestren la relación del solicitante con el causante. Independientemente del tipo de sucesión, el solicitante debería indicar quiénes son los llamados a la herencia (herederos, legatarios, acreedores, etc.) y si existe algÚn tipo de disputa sobre el derecho a suceder.

La primera decisión que habrá de tomar el legislador italiano recae sobre la autoridad competente para expedir dicho certificado. En este estadio, son dos las opciones con las que cuenta: 1) bien encargar a un tribunal el procedimiento y configurar este *certificato* de manera similar al *Erbschein* alemán y austriaco. Esta opción cuenta con la ventaja de obviar el debate sobre la consideración de notario como tribunal, dado que sería un Órgano jurisdiccional *strictu sensu* el que se encargase de la expedición. Sin embargo, también se desnaturalizarían los procesos sucesorios italianos en los que el notariado ha jugado siempre un papel de máxima importancia. Igualmente, debería tomarse en consideración que la jurisdicción voluntaria es una buena herramienta para combatir el empantanamiento de la Justicia; 2) bien atribuir la competencia de la protocolización de este certificado a las autoridades notariales y dotando de fuerza y plenos efectos a este certificado⁵⁵, asemejándolo a la declaración de herederos española o al *acte de notoriété* en materia de sucesiones francesa. En este hipotético caso el notario sí que estaría ejerciendo funciones jurisdiccionales y debiera ser considerado tribunal. Sobre qué autoridad en concreto dentro del territorio nacional, sea notario o tribunal, debe sustanciar el procedimiento, las

⁵⁵ Realizada la reforma Italia podría modificar la declaración a la Comisión sobre las autoridades incluidas en el art. 3 ap. 2 a segÚn lo dispuesto en el art. 79, incluyendo a los notarios. A pesar de que esta lista no tena carácter vinculante.

normas sobre competencia territorial internas bastarán para su determinación.

Cuando la autoridad competente reciba la documentación, la verificará, indicará la existencia o no de deficiencias en la misma, podrá dar audiencia a las partes que considere oportuno, tomar declaración a toda persona interesada en el proceso, publicar edictos para hacer pública la llamada de herederos, fijar la residencia habitual del causante aunque presentase puntos litigiosos, resolver los intereses opuestos que se susciten entre los interesados dándoles comparecencia respetando el principio de contradicción.

Por cuanto respecta al medio, si fuese un notario, lo hará a través de escritura pública y si se tratase de un tribunal, será una resolución judicial. En cualquier caso, en el contenido de este documento deberán figurar los datos del *de cuius* y de los beneficiarios, aquella información en base a la cual se emita el certificado, la cuota que corresponde a cada interesado, los derechos, bienes y cargas del patrimonio, legados, especificación de los poderes del ejecutor testamentario si lo hubiese...

Debe establecerse un procedimiento de modificación, rectificación o revocación del certificado, así como un recurso contra el mismo en vía judicial para, con carácter preliminar, preservar la seguridad jurídica y el derecho de recurso de los ciudadanos y para cumplir con lo dispuesto en el art. 3.2º letra a). Fuera del objeto y objetivo de esta investigación queda dónde ubicar las nuevas disposiciones que recojan el certificado sucesorio nacional.

La incorporación del certificado sucesorio nacional no solo supliría la actual laguna, sino que simplificaría los trámites sucesorios y pondría fin a la dicotomía *atto di notorietà* –y otros documentos– y *certificato di eredità*, dando uniformidad, solidez y certeza jurídica al nuevo sistema. Con la creación de este instrumento, aparte de actualizar y modernizar el ordenamiento jurídico, también se concibe un documento con mayores cuotas de aceptación y fiabilidad que el *atto di notorietà* para aquellas sucesiones con elementos transfronterizos en el marco de la UE.

V. CONCLUSIONES

En este último apartado se detallan las conclusiones extraídas de la realización de este estudio.

1. En este trabajo se ha analizado cuáles son los medios de prueba de la cualidad de heredero en el ordenamiento jurídico italiano. Si bien es cierto

que existen varios documentos a tales efectos, los que presentan mayor importancia son el *certificato di eredità*, solo presente en algunas regiones italianas y el *atto di notorietà*, que es utilizado en toda la República. Entre ellos existen diferencias insalvables, como, por ejemplo, que el primero sea una resolución judicial y el segundo un acta notarial sin valor probatorio. En estas circunstancias, se da una dicotomía en el sistema de sucesiones italiano, al no probarse la cualidad de heredero de la misma manera. Adicionalmente, no existe en Italia un documento específico para acreditar la condición de heredero, lo que unido a lo anterior caracteriza al Derecho de sucesiones italiano como un sistema defectuoso y desigual.

2. El principal objetivo de esta investigación era dilucidar sobre la posible consideración del notario italiano como “tribunal” cuando expide un *atto di notorietà* en el ámbito sucesorio. Habiendo prestado particular atención a este documento –que ha sido privado de eficacia probatoria por la jurisprudencia y por la doctrina– resulta que ni siquiera tiene fuerza y efectos análogos a los de una resolución de un órgano jurisdiccional [ex. art. 3.2 letra b)]. Si se dejase pasar por alto esta cuestión esencial y se centrase el debate donde el TJUE situó el punto neurálgico, esto es, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, se aprecia que tampoco el notario italiano cumple con este requisito *sine qua non*. No existe la posibilidad de que el notario resuelva en virtud de su propia potestad ningún punto controvertido entre las partes interesadas en el procedimiento. El *atto di notorietà* solo acredita la notoriedad de un hecho, en este caso la condición de heredero del solicitante. Si un tercer interesado aportase datos contradictorios, el notario nada podría hacer al respecto y el asunto debería continuar a través de la vía judicial. Por tanto, el notario italiano, cuando se encuentra expidiendo un *atto di notorietà* en materia de sucesiones, no ejerce funciones jurisdiccionales ni puede ser considerado tribunal a los efectos del art. 3.2º RES.

3. Se ha evidenciado, y esta es la tercera conclusión del trabajo, que el sistema italiano requiere un instrumento jurídico operativo en todo su territorio con el que poder acreditar eficazmente la condición de heredero. A raíz de ello, la última parte de esta contribución se dedica a una propuesta *de lege ferenda* en la que se desarrolla la construcción legislativa y procedimental de un certificado sucesorio nacional que: 1) ponga fin a ese vacío normativo; 2) unifique la forma en la que los ciudadanos italianos pueden acreditar su condición de sucesores, legatarios, etc. en todo el territorio nacional; 3) se simplifique el proceso hereditario; 4) se dote de eficacia y certeza jurídica a un documento que pueda viajar por el espacio de la UE como “resolución”, según los efectos del art. 3.1 letra g) del RES. El legislador italiano habrá de elegir entre el modelo del *Erbschein*, siendo este

expedido por una autoridad judicial en sentido estricto y, en consecuencia, desapareciendo de la escena del debate referido, aunque mermando aún más la capacidad de trabajo de la Justicia. O el modelo de la declaración de herederos española o el *acte de notoriété* francesa en materia de sucesiones, que es expedida por un notario que sí que ejerce funciones jurisdiccionales y apostando por la jurisdicción voluntaria con el objetivo doble de respetar el papel histórico de los notarios en las sucesiones y de paliar la burocracia y carga de la Administración de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Torné, M., “*Criterios de determinación de la competencia internacional en supuestos de sucesiones en el ámbito de la UE*” Tesis de acceso abierto en <https://miami.uni-muenster.de/Record/8d813d54-fb3d-43d1-9e0b-b0f8677767cd>.
- Antico, G., “Dichiarazione sostitutiva di atto notorio non efficace nel giudizio tributario”, *Commercialista telematico*, 2017.
- Benanti, C., “Il certificato successorio europeo: ragioni, disciplina e conseguenze della sua applicazione nell’ordinamento italiano – parte prima”, *NGCC*, 2014.
- Calvo Vidal, I., “La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 54 (marzo-abril de 2014).
- Espiñeira Soto, I., “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, *Notarios y Registradores*, 9 de julio de 2018.
- Fasano, A., “La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e il regime della prova nel processo civile. Il contrasto giurisprudenziale e la sentenza n. 12065 del 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, vol. 68, 2014.
- Fugardo Estivill, J. M., *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 2011.
- Gabrielli, G. y Tommaseo, F., *Commentario della legge tavolare*, 2ªed., Giuffrè, Milano, 1999.
- Jiménez Blanco, P., “El concepto de órgano jurisdiccional en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019.
- Mariño Pardo, F. M., “La aplicación de la regla de la doble porción en la sucesión intestada a sobrinos”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 105, 2022.
- Melgarejo Cordon, P. M., “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?”, en R. Rueda Valdivia, (dir.), *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa).
- Melgarejo Cordon, P. M., “Sobre la competencia del notario francés en la expedición del acte de notoriété en las sucesiones transfronterizas de la UE”, Valencia, Tirant Lo Blanch, (en prensa).
- Melgarejo Cordon, P. M., “Reflexiones acerca de la consideración de ‘tribunal’ a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español en la tramitación de expedientes de

- jurisdicción voluntaria en el proceso sucesorio. Un debate abierto”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.), *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- Padovini, F., “La revisione del Codice Civile italiano: Semplificazione ereditaria e certificato successorio” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.) “*Certificato successorio europeo e certificati di eredità nazionali: l’attuazione del Regolamento ue n. 650/2012 negli ordinamenti giuridici italiano, tedesco e austriaco*”, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2022.
- Padovini, F., “Il certificato successorio europeo”, *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato (e library)*. Enlace disponible en: <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=28/2803&mn=3#note>
- Pertot, T., “Successioni internazionali e prova della qualità di erede: fra certificati di eredità nazionali e certificato successorio europeo” en L. Ballerini, G. Buset, *et. ali.* (dirs.) “*Nuevi modelli si siditto successorio: prospettive interne, europee e compatate*”, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2020.
- Requejo Isidro, M., “El art. 3, ap. 2, del Reglamento 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del derecho”, *REEI*, nº 39, 2020.
- Rueda Valdivia, R., “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE” en Lara Aguado, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Tommaseo, F., “Il certificato di eredità: struttura del procedimento e poteri del giudice”, *Notariato*, 2007.

Recibida: 30 junio 2023
Aceptada: 6 septiembre 2023

La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios, ¿una cuestión olvidada por el Reglamento Bruselas I bis?

Carmen PARRA RODRÍGUEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La definición de estatuto real en el Derecho internacional privado. III. Las acciones reales mobiliarias en materia de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis. 1. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y el bien está situado en otro Estado miembro. 2. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y el bien se encuentra en un tercer Estado. 3. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles por sumisión expresa o tácita. IV. Posibles soluciones a la falta de regulación de la competencia judicial internacional sobre los derechos reales en bienes muebles en el Reglamento Bruselas I bis. V. Propuestas para la regulación de los regímenes especiales en el Reglamento Bruselas I bis. 1. Medios de transporte. 2. Bienes en tránsito. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

RESUMEN: Tras el fracasado intento de introducir en la propuesta del Reglamento Bruselas I bis un foro especial para los derechos reales mobiliarios, se abren diferentes interrogantes en relación a las razones por las cuales el legislador ha prescindido de su regulación. Procesalmente el *forum rei sitae* que actúa como foro exclusivo para los bienes inmuebles, no soluciona los problemas de movilidad que se dan en los bienes muebles si bien, el legislador europeo ha considerado innecesaria la incorporación de un foro especial para éstos por entender que sería suficiente con invocar el foro de las medidas cautelares para otorgar una protección *erga omnes* sobre los bienes corporales oponibles a terceros.

En este sentido es necesario analizar los pros y contras de esta solución, ofreciendo otras alternativas como pueden ser la de determinar la competencia judicial de los tribunales del lugar de situación del bien como foro especial actuando alternativamente con el foro del domicilio del demandado y la sumisión expresa o tácita. Otra solución posible es considerar el *forum patrimonii* para aquellos bienes que forman parte de una masa patrimonial (*uti universi*) apelando al *forum non conveniens* para determinar la competencia del tribunal mejor situado para la reclamación de acciones reales sobre el bien considerado individualmente (*uti singuli*). Por otro lado, también habrá que ofrecer soluciones en materia de competencia judicial a las acciones reales sobre los medios de transporte y los bienes en tránsito, ambos caracterizados por estar en constante movimiento. En estos casos deberá prevalecer el lugar de registro en los primeros, y la alternatividad del domicilio del demandado junto con la posibilidad de elegir entre tribunales de expedición o destino en los segundos, ofreciendo así un territorio estable

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

para abrir un procedimiento procesal que asegure la protección de las acciones reales sobre dichos bienes. La seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y la economía procesal estarán en la base de estas propuestas.

PALABRAS CLAVE: DERECHO PROCESAL EUROPEO, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, ESTATUTO REAL, BIENES MUEBLES, MEDIOS DE TRANSPORTE, BIENES EN TRANSITO

Judicial jurisdiction regarding, rights in rem in movable assets an issue forgotten by the Brussels I bis Regulation?

ABSTRACT: *After the failed attempt to introduce a special forum for rights in rem in movable assets in the proposal for the Brussels I bis Regulation, different questions arise regarding the reasons why the legislator has dispensed with its regulation. Procedurally, the forum rei sitae, which acts as an exclusive forum for rights in rem, does not solve the mobility problems that occur in rights in rem in movable assets. The European legislator has considered unnecessary the incorporation of a special forum because it is understood that it would be sufficient to invoke the forum of protective measures to grant erga omnes protection over tangible assets that are enforceable against third parties.*

In this sense, it is necessary to analyze the pros and cons of this solution, also offering other alternatives such as determining the jurisdiction of the courts of the place where the assets are located as a special forum acting alternatively with the forum of the defendant's domicile and the express or tacit legal jurisdiction. Another possible alternative is to consider the forum patrimonii for those assets that form part of a patrimonial mass, appealing to the forum non conveniens to determine the jurisdiction of the court best placed to claim for rights in rem over assets considered individually. On the other hand, solutions will also have to be offered regarding jurisdiction for rights in rem regarding means of transport and assets in transit, both characterized by being in constant movement. In these cases, the places of registration for means of transport must prevail. For assets in transit the alternation of the defendant's domicile together with the possibility of choosing between courts of dispatch of assets or destination of assets in order to thus offer a stable territory to open a procedure that ensures the protection of over rights in rem in movable assets. Legal certainty, effective jurisdictional protection, and economy in the process will be the basis of these proposals.

KEYWORDS: EUROPEAN PROCEDURAL LAW, INTERNATIONAL JURISDICTION, IN REM RIGHTS, MOVABLE PROPERTY, MEANS OF TRANSPORT, ASSETS IN TRANSIT.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de estatuto real hace referencia a las normas que se ocupan de la reglamentación jurídica de los derechos sobre las cosas tomando como base el sistema jurídico romano en el que se denominaban *iura in re* (derechos sobre las cosas) a ciertas facultades que recaían sobre los bienes, pudiendo ser ejercitadas por su titular o titulares con independencia de quien ostentase la propiedad de tales bienes¹. Esta definición exige delimitar el concepto de *cosa*, entendida según el profesor Ortiz Arce como

¹ E. Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 215.

“cualquier entidad, material o inmaterial, jurídicamente relevante y considerada por la ley como objeto de una relación jurídica”². La expresión cosa tiene en este sentido un contenido más limitado que el de bienes, refiriéndose éstos a todo aquello que es susceptible de apropiación patrimonial. A su vez el estatuto real debe ser considerado individualmente (*uti singuli*) y no como parte de una masa patrimonial (*uti universi*) en cuya regulación jurídica pueden incidir otras leyes como sería el caso de la masa hereditaria o bienes afectados por una situación de quiebra, que quedarían en este caso regulados por las normas reguladoras de dicho patrimonio.

A partir de estas premisas, existen distintas formas de catalogar las cosas, si bien la clasificación que mejor se adapta al estudio del estatuto real en el Derecho internacional privado es el que distingue entre bienes materiales o corporales definidos como aquellos que pueden percibirse por los sentidos. A su vez estos se dividen en bienes inmuebles que son aquellos que se encuentran arraigados en el territorio y bienes muebles, considerados individualmente y que pueden transportarse de un lugar a otro, ya sea moviéndose por sí mismos (medios de transporte) o por una fuerza externa (bienes en tránsito o mercancías)³. Por otro lado, están los bienes inmateriales o incorporeales que son aquellos que se perciben con el entendimiento siendo los más representativos la propiedad intelectual y la propiedad industrial. Estos últimos sin embargo, no son considerados de manera unánime por la doctrina como parte del estatuto real debido a que los derechos que protegen están más relacionados con aspectos de explotación económica y de protección de alcance extraterritorial⁴.

Desde esta óptica, los internacional privatistas consideran los derechos reales sujetos a las cosas, alejándose así de las teorías del derecho privado general que estudian esta disciplina desde la óptica del objeto y sujeto de

² A. Ortiz-Arce de la Fuente, *Derecho internacional privado español y derecho comunitario europeo: Introducción a los problemas del tráfico externo en sus dimensiones general, española y comunitaria europea*, Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 238.

³ Vid. P. Abarca Junco et al. *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 2ª ed. 2016, pp. 607–623. esp. p. 607.

⁴ E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, op. cit. p. 216. Sobre su naturaleza parte de la doctrina considera que es difícil encasillarlos dentro del sector de los derechos reales debido a que su objeto consiste en garantizar los derechos de explotación económica de determinadas ideas, obras e invenciones, dentro del mercado, siendo más bien una materia afín al derecho del comercio internacional. Vid. en este sentido J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 649–650. Tampoco serán objeto de estudio los títulos valores que a pesar de ser bienes muebles están sometidos a su propia ley reguladora, en el caso español la ley 16/1985 cambiaria y del cheque de 16 de julio. BOE 19.7. 1985.

derechos⁵. A modo de ejemplo, quedarían cubiertos los derechos de goce (propiedad, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, superficie, servidumbres etc.); derechos de garantía (prenda, hipoteca, anticresis etc.); los derechos de adquisición (retracto convencional y legal, derecho de tanteo, derecho de opción); los derechos *in faciendo* (servidumbres positivas) y los derechos que imponen al poseedor de la finca la obligación de pagar un canon (censos, foros etc.). Quedarían por el contrario fuera de esta clasificación los derechos personales o de crédito como por ejemplo los derechos *ius ad rem*, el derecho de retención y el derecho de arrendamiento.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la existencia de un vínculo muy estrecho entre el derecho personal y el derecho real que afecta a los bienes, siendo en numerosas ocasiones difícil determinar cual de estos derechos están relacionados con la situación jurídica objeto de litigio. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en el Auto dictado en 5 de abril de 2001 en un asunto relativo a una acción de resolución de un contrato de compraventa de un inmueble junto con la indemnización de daños y perjuicios que ésta produjo. El TJUE consideró entonces, que existía una estrecha relación entre los aspectos contractuales y los derechos reales que afectaban al bien inmueble, predominando en este caso el derecho personal (el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa) sobre las acciones reales, siendo aplicable para resolver el conflicto las normas relativas a las obligaciones contractuales⁶. Este razonamiento llevaría a retomar el concepto amplio que incluiría también los derechos sobre los bienes de los que dispone un sujeto de modo inmediato y exclusivo, tal como establece el Derecho romano, aunque el sujeto no fuera el propietario de los mismos.

⁵ En este sentido según Lacruz Verdejo: "... mientras el derecho sobre la cosa, por su propio concepto presupone la existencia material y actual de la cosa sobre la cual el objeto recae en cambio, el derecho de crédito no exige, para existir, un objeto ya presente, y puede referirse a conductas posibles en el futuro o a cosas inexistentes todavía (cosas futuras). Vid. J.L. Lacruz Verdejo, III *Derechos reales*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2000, p. 4. Vid. K. Kreuzer, "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des Cours*, t- 259, 1996, pp. 52-53.

⁶ Vid. Considerando. 18 "...aun cuando la acción de resolución de un contrato de venta de un inmueble tenga, en su caso, incidencia sobre la propiedad de dicho inmueble, no deja de estar fundada en un derecho personal que el demandante extrae del contrato celebrado entre las partes y, en consecuencia, sólo puede ejercitarse contra el cocontratante. En efecto, mediante dicha acción, una de las partes del contrato pretende eximirse de sus obligaciones contractuales respecto a la otra parte debido al incumplimiento del contrato por parte de esta última y, además, la decisión judicial por la que se resuelve sobre la acción sólo puede producir efectos respecto a la parte contra la que declara la resolución. Por tanto, dicha acción no tiene por objeto facultades directamente relacionadas con el inmueble y que podrían oponerse erga omnes. Auto TJUE de 5 de abril de 2001, C-518/1999, *Richard Gaillard c. Alaya Chekili*, ECLI:EU:C:2001:209

No obstante, dada la peculiaridad de las relaciones internacionales que demandan un concepto autónomo para la regulación de los derechos reales vinculados con varios ordenamientos, es preferible mantener la primera idea, es decir, considerar el estatuto real vinculado al objeto o cosa lo que permitirá una mejor localización de la relación jurídica y por tanto ayudará a determinar la competencia judicial y la ley aplicable cuando los bienes tengan un carácter transnacional⁷.

II. LA DEFINICIÓN DE ESTATUTO REAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El desarrollo normativo del estatuto real ha sido objeto de un tratamiento territorial en los diferentes ordenamientos jurídicos, y ello con el beneplácito de la Unión Europea que ha preferido no cuestionar el concepto de propiedad en los derechos internos de sus Estados Miembros⁸. No obstante, el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP)⁹, ha dedicado sus últimas sesiones a la redacción de una propuesta de Reglamento sobre “ley aplicable a los derechos reales en los bienes corporales”, iniciando de este modo una nueva etapa hacia la creación de un concepto autónomo de derecho real de ámbito europeo. El documento de trabajo contiene la definición de “derechos patrimoniales” que son aquellos derechos sobre bienes corporales que son oponibles a terceros (*erga omnes*), tales como, títulos, hipotecas, usufructos o servidumbres; mientras que los “bienes corporales” son bienes susceptibles de posesión física incluyendo tanto los bienes muebles como los bienes inmuebles¹⁰. Tal como se puede desprender de las definiciones incorporadas en la propuesta de Reglamento, el legislador europeo ha optado por conceptos amplios y doctrinales en los que tiene cabida cualquier ordenamiento jurídico vigente en los Estados miembros sin diferenciar en torno a la ley aplicable los bienes muebles e inmuebles. Por otro lado, los ejemplos incorporados

⁷ H. Batiffol, *Droit international privé*, París, LGDJ, 1959, p. 122.

⁸ Los Estados utilizan por el momento las definiciones que les ofrece su propio derecho civil utilizando como argumento el art. 345 TFUE según el cual “Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. A modo de ejemplo, el ordenamiento jurídico español en base al art. 12.1º CC exige que se determine el carácter real o personal de la acción conforme a la ley española y no con arreglo a la ley del lugar de situación del bien sobre el que recae este derecho. Esta interpretación da lugar a una solución territorialista por la cual sólo serán considerados derechos reales los que se ajusten a lo regulado en el derecho español.

⁹ Vid. <https://gedip-egpil.eu/> recuperado el 9 de septiembre de 2023.

¹⁰ Vid. <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Droits.re%CC%81els-Doc.Final-FR.pdf> recuperado el 9 de septiembre de 2023.

aparentemente sirven para dejar claro que esta regulación se ocupa exclusivamente de las acciones reales sin entrar a valorar el derecho personal que pueda quedar vinculado a la relación jurídica que además, ha sido explícitamente excluida en el art. 1.2º.c) de la propuesta de Reglamento¹¹. Así mismo, el documento se desvincula de los bienes incorpóreos limitándose a regular el alcance de la ley aplicable a los bienes inmuebles y muebles haciendo una referencia expresa a los medios de transporte y a los bienes en tránsito incluyendo también los bienes destinados a la exportación¹².

Este avance legislativo responde a la existencia de un concepto autónomo europeo que se ha introducido a partir de la jurisprudencia del TJUE,¹³ que sustituye la aplicación del derecho de los Estados en relación a los derechos reales inmobiliarios¹⁴. En este sentido, dice el citado tribunal que “a fin de garantizar, en la medida de lo posible, la igualdad y la uniformidad de los derechos y las obligaciones que para los Estados contratantes y las personas interesadas derivan de este Convenio (de Bruselas), se ha de determinar de manera autónoma en el Derecho de la Unión el significado de la expresión “en materia de derechos reales inmobiliarios”¹⁵. No obstante, los avances en materia de bienes corporales contenidos en el estatuto real muestran un claro desequilibrio en relación a los bienes muebles respecto de los bienes inmuebles, siendo su regulación a nivel de la Unión Europea más amplia en el caso de los segundos. Así lo demuestra el hecho de que el Convenio de Bruselas de 1968 en sus diferentes versiones, así como los Reglamentos Bruselas I (en adelante RBI) y Bruselas I *bis* (en adelante RBIBis) solo se

¹¹ Junto a las obligaciones contractuales también se excluyen las obligaciones extracontractuales. *Vid.* el art. 1-2 que establece: “están excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: c) las obligaciones contractuales, d) las obligaciones extracontractuales...”

¹² La propuesta de Reglamento define en su art. 2 c) y f) los bienes en tránsito y los bienes para exportación, mientras que en su art. 6 establece la ley aplicable a los medios de transporte. En contra, en el art. 1-2 establece que “están excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento:...j) la creación, administración y disolución de los *trust*”.

¹³ P. Gothot / D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, trad. español, Madrid, 1985, p. 78.

¹⁴ Otras soluciones apuestan por la aplicación de las normas de conflicto determinando que sea la ley del Estado donde esté situado el bien el que determine la naturaleza real de la acción. Ord. Cass Italia de 18 de junio de 2010 en relación con la multipropiedad en un inmueble sito en España *RDIPP*, citada por Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, *op. cit.* p. 1178.

¹⁵ STJUE 3 de abril de 2014, *Weber c. Weber*, C-438/12, EU:C:2014:212, ap. 40 y la jurisprudencia citada. *Vid.* también STJUE 17 de diciembre de 2015, C-605/14, *Virpi Kom c. Pekka Komu*, ap. 23, ECLI:EU:C:2015:833.

hayán ocupado de los derechos reales inmobiliarios¹⁶ aplicando el aforismo *forum rei sitae*.

El tratamiento procesal que se da en estos instrumentos a los bienes inmuebles es el de foro exclusivo, no aceptando la aplicación del foro general ni tampoco la sumisión expresa o tácita por las partes a otros tribunales. La argumentación utilizada por el legislador europeo ha sido tradicionalmente la de proteger el interés público con base en el concepto de soberanía territorial de Estado íntimamente relacionado con los bienes inmuebles. Sin embargo, la doctrina cada vez se aleja más de este razonamiento por entender que no encaja en el espacio de libertad, seguridad y justicia que está en el fundamento de la Unión Europea¹⁷. Se puede vislumbrar en base a lo expuesto, una clara postura de la doctrina favorable a crear un concepto autónomo para la ley aplicable a los derechos reales con el mismo alcance que para bienes muebles e inmuebles, incorporando reglas especiales para los medios de transporte y los bienes en tránsito, pero sin embargo no ha considerado dar el mismo tratamiento para la creación de una norma de competencia judicial uniforme para los bienes muebles. Por ello, es necesario abordar las razones por las cuales el legislador de la Unión Europea ha preferido omitir esta regulación analizando si ha sido un olvido o una acción premeditada.

III. LAS ACCIONES REALES MOBILIARIAS EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Las acciones reales mobiliarias no han sido objeto de regulación en ninguna de las etapas del derecho procesal de la Unión Europea siendo ignoradas en los Convenios de Bruselas y Lugano, y en RBI y RBI *bis*. En todo este tiempo solo ha habido un intento de regulación en la reforma del RBI *bis* incluyéndose en una de las propuestas su incorporación como foro especial refiriéndose a los bienes muebles diciendo que “por lo que se refiere a los derechos reales o a la posesión de bienes muebles, (será competente) el tribunal del lugar en que estuviere situado el bien”¹⁸. En este

¹⁶ También regula los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Artículo 22-1 Reglamento Bruselas I y art. 24-1 del Reglamento Bruselas I *bis*. Vid. M. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 564-570.

¹⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* p. 651.

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida) COM(2010) 748COM (2010) final. Vid. A. Dickinson, “The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and

sentido, la Comisión propuso introducir una regla especial en todas las acciones reales sobre bienes muebles con independencia de su naturaleza y alcance.¹⁹

Esta solución estaba en consonancia con la regulación contenida en la LOPJ que incorpora un foro especial en su art. 22 *quinquies* f) en el cual se establece que: “en las acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles, (serán competentes los tribunales españoles) si estos se encontraren en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda” estableciéndose de este modo el alcance y efecto en la competencia del tribunal para resolver el litigio²⁰. En primer lugar, en esta norma el legislador español otorga a los bienes muebles una solución similar a la de los bienes inmuebles aplicando el *forum rei sitae*, sin embargo, no lo considera un foro exclusivo dándole el carácter de foro especial. De esta manera el legislador sigue las doctrinas que desvinculan el derecho real de la soberanía estatal poniéndolo al nivel de las obligaciones contractuales y extracontractuales. Esta calificación permite la posibilidad de alternancia con el foro general en el caso de que las circunstancias demuestren la existencia de un vínculo más estrecho con el territorio donde se encuentre sito el domicilio del demandado, al mismo tiempo que le da prevalencia al principio de proximidad razonable dándole eficiencia en términos económicos. Así mismo, le permite recurrir al foro de la autonomía de la voluntad bien de forma expresa o tácita (art. 22 *bis*).²¹

Sin embargo, y a pesar de que la solución aportada por el ordenamiento español a través de la LOPJ era coherente, durante las negociaciones del RBI *bis*, la mayoría de los Estados se opusieron a la introducción de un foro especial. Su razonamiento se basaba en que esta opción no era necesaria por considerar que se llegaba a una solución similar, bien aplicando la norma

Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (Brussels I bis Regulation.)”, *Legal research Paper* n.º. 11/58, www.ssrn.com, pp. 1–45, esp. p. 23.

¹⁹ Vid. el Informe Hess, Pfeiffer, Schlosser, Weller, Report on the Application of Regulation Brussels I in the

Member States. Study JLS/C4/2005/03 (Heidelberg Report), aps. 154 y 976. Vid. también Z. Crespi Reghizzi, “A new special forum for disputes concerning rights in rem o*Vid.* movable assets: some remarks on article 5(3) of the Commission’s Proposal”, en Pocar, Viarengo, Villalta (eds.), *Recasting Brussels I*, 2012, pp. 173–182, esp. pp. 175–176; F. Cadet “Le nouveau reglement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 765–790, esp. pp. 766–767; P. De Miguel «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones» (*Diario La Ley*, 31 de enero de 2013, pp. 1–4, esp. p. 2).

²⁰ F. J. Garcimartín Alférez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, n.º 8614, 2015, p. 7.

²¹ En ambos casos si el domicilio del demandado estuviera en España o si el tribunal elegido por las partes fuera un tribunal español, no podría aplicarse la LOPJ dado que al ser un Estado de la Unión Europea se deberían aplicar las normas de competencia del RBI *bis*. Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 657.

prevista para la adopción de medidas cautelares (art. 35), o bien aplicando el art. 7.3º en relación a las acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diera lugar a un proceso penal. Ambas opciones ya se encontraban contempladas en el RBI *bis*. Otra razón alegada por el legislador para desechar la aplicación del *forum rei sitae* era la de evitar el *forum shopping*, dada la facilidad con la que los bienes muebles podían ser trasladados a territorios más favorables en el tratamiento de las acciones reales.²² A ello se unió el hecho de descartar el foro general debido a que la extensión del Reglamento estaba limitada dejando fuera a los demandados domiciliados en terceros Estados.

La solución aportada en la propuesta del RBI *bis*, basada en el *forum rei sitae*, que finalmente no vio la luz, dio pie a analizar cuales serían las oportunidades que se hubieran podido utilizar para ofrecer una cobertura completa a la casuística que presentan las acciones reales sobre los bienes muebles. En este sentido no hay que olvidar que, en esta categoría quedan cubiertos junto a los derechos reales sobre las cosas corporales también los medios de transporte, los bienes en tránsito y los bienes culturales, siendo estos últimos los únicos que han sido regulados en el RBI *bis*²³. Para cubrir

²² Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, (48), 2014, pp. 9–35., esp. pp. 13–15. Recuperado a partir de <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/314-nuevo-reglamento-bruselas-i> Por otro lado, se consideró limitar la norma a los bienes corporales ya que su aplicación a los bienes incorpóreos plantearía problemas en torno a su localización.

²³ Los bienes culturales han sido objeto de regulación en el RBI *bis*, en concreto en el art. 7–3 por iniciativa de los gobiernos de Chipre y el Reino Unido. Vid. Posición del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, EP-PE_TC1-COD(2010)0383. La incorporación del foro especial para las acciones reales sobre bienes muebles sólo estaba regulada en relación a la restitución de bienes culturales desplazados ilegalmente como complemento de la Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. DO nº 74 de 27.3.1993, pp. 74 –80. Esta norma estableció un foro especial para las acciones de restitución de bienes culturales exportados ilegalmente de un Estado miembro a otro Estado miembro, quedando su actuación restringida al espacio de la Unión Europea. Por esta razón, los propietarios de dichos bienes no se beneficiaban del régimen de la Directiva pudiendo recurrir únicamente a través del foro general del domicilio del demandado, o en su caso a través de la acción civil de restitución acumulada a una acción penal (art. 5.4º RBI). Para evitar este vacío legal, el RBI *bis*, ha incorporado en su art. 7–3 un foro especial que otorga competencia a los tribunales del lugar donde se encuentre el bien cultural en el momento de presentar la demanda, respecto a las acciones de restitución planteadas por un particular, pudiendo éste beneficiarse igualmente de la protección que le ofrece la Directiva 93/7/CEE. Si bien la solución adoptada por el RBI *bis* ha ampliado la tutela para los propietarios de estos bienes, ha restringido significativamente la propuesta presentada por la Comisión en su día en cuanto que, la protección se limita a dar competencia al tribunal del lugar de situación del bien para las acciones basadas en el derecho de propiedad y destinadas a la restitución del bien, y no a otras acciones reales. Por otro lado el concepto de bienes culturales se limita a aquellos contenidos en art. 1.1º Directiva 93/7/CEE lo que implica que esta norma no puede ser invocada

esta laguna legal hay que determinar en primer lugar si la CJI aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles se debe acercar a la condición de foro exclusivo, alineándose así con los bienes inmuebles, o si por el contrario se debe considerar una solución próxima a los foros especiales. Como se analizará a continuación la combinación del foro general del domicilio del demandado junto con el *forum rei sitae* puede dar lugar a problemas relacionados con los principios de economía procesal y de la buena administración de justicia al obligar a las partes a duplicar la presentación de demandas

1. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y el bien está situado en otro Estado miembro.

En el RBI *bis* si el domicilio del demandado no coincide con el lugar donde se encuentra el bien mueble se deberán llevar a cabo dos acciones procesales. Por un lado, se deberá acudir al foro general para poder interponer la demanda, y a continuación solicitar en su caso una medida cautelar (por ejemplo, el embargo preventivo) ante los tribunales del Estado donde se halle el bien, con el fin de impedir que éste sea llevado al territorio de otro Estado. Sería éste un complemento necesario para asegurar las acciones reales o reivindicatorias de bienes muebles evitando así que los bienes pudieran ser desplazados para eludir la actuación de la justicia²⁴. Por otro lado, este foro serviría para dar fuerza a la efectividad de la tutela cautelar al permitir adoptar rápidamente medidas de aseguramiento, anticipando la ejecución de la resolución final e inmovilizando los activos del deudor permitiendo una ejecución rápida de la sentencia final²⁵. Así mismo, e incorporando la jurisprudencia el TJUE, el art. 35 RBI *bis*, establecería la competencia para conocer del fondo del litigio dando facultad a este tribunal para adoptar medidas cautelares o provisionales de

frente a bienes exportados ilegalmente desde terceros Estados, salvo que exista una regulación convencional específica. Por último hay que tener en cuenta que, con carácter excepcional, los tribunales españoles tienen CJI, incluso si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, para conocer de las demandas de restitución de bienes muebles culturales que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro de la Unión Europea y que se hallen en territorio español en base a la ley 36/1994 de 23 de diciembre que incorporó en el ordenamiento jurídico español. Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit. pp. 677–679.

²⁴ STJUE 27 de abril de 1999, C-99/96, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV* ECLI:EU:C:1999:202. Vid. también Considerando 33 del RBI *bis* “Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro”.

²⁵ F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2021, p. 59.

alcance extraterritorial que deberían reconocerse y ejecutarse en el resto de los Estados miembros, siempre que la parte afectada hubiera tenido la oportunidad de defenderse en el Estado de origen antes de que se hubiese instado la ejecución de la medida cautelar en los demás Estados miembros.²⁶ Una vez resuelto el litigio con una resolución judicial dictada en el tribunal del domicilio del demandado, si la sentencia fuera a favor del demandante, éste debería obtener el reconocimiento y ejecución de la misma en el Estado del lugar donde se halle el bien.

Como se puede observar, la ausencia de un *forum rei sitae* en el RBI *bis* obliga a plantear dos pleitos generando gastos y dilación en la resolución del litigio. Estos inconvenientes se verían reducidos “si el demandante pudiera aunar la demanda principal a la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales del lugar donde se hallase el bien cuya, razonabilidad y proximidad quedarían fuera de toda duda”²⁷.

2. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y el bien se encuentra en un tercer Estado

Sin embargo, cuando el bien se encuentra situado en un tercer Estado y el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la doctrina ha propuesto diferentes soluciones para evitar que se viole la tutela judicial efectiva por parte de los tribunales, o en su caso evitar que no sea reconocida una resolución sobre bienes (in)muebles dictada por un tribunal situado fuera de la Unión Europea²⁸. Una solución optaría por aplicar el derecho autónomo de los Estados miembros para actuar conforme a sus normas de competencia judicial internacional²⁹ dado que el RBI *bis* no regula las cuestiones relativas a bienes (in)muebles sitos fuera de la Unión Europea. Otra opción sería, partiendo de la regulación establecida en el RBI *bis*, que los tribunales de los Estados miembros se declarasen incompetentes cuando la materia en litigio fuera objeto de la competencia de un tercer Estado³⁰. Esta solución sin embargo, carece de base legal ya que el RBI *bis* no se refiere en ningún momento a las normas sobre competencia de

²⁶ STJUE 21 de mayo de 1980, C- 125-79, *Denilauler c. SNC Couchet Frères*, ECLI:EU:C:1980:130

²⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* p. 657.

²⁸ STJUE 28 de abril de 2009, C- 420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271, aps. 35-36. Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. 2, *op. cit.* p. 1183.

²⁹ P. Gothot / D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, *op. cit.* p. 79. En el mismo sentido Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* p. 655.

³⁰ D. Bureau, H. Muir Watt, “Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu”, *Revue critique de droit international privé*, 2017/2 n° 2, p. 273.

terceros Estados por lo que, en caso de que el tribunal se declarase incompetente se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Por último, otra solución sería la de tomar como referencia el reconocimiento de una resolución judicial dictada en otro Estado en relación a un litigio que afectara a bienes muebles. Si la sentencia hubiera sido dictada por el tribunal de un Estado miembro para ser reconocida en otro Estado miembro a pesar de que el bien se encontrara en el territorio de un tercer Estado, el tribunal debería seguir las reglas de competencia del RBI *bis* para así respetar la tutela judicial efectiva aunque la materia fuera competencia exclusiva del tercer Estado. Ahora bien, si la sentencia dictada por el tribunal de un Estado miembro debiera ser ejecutada en un tercer Estado, por ser el lugar de situación del bien mueble, los tribunales del Estado miembro no deberían declararse competentes, aunque lo fueran según el RBI *bis*, ya que en realidad se estaría juzgando a sabiendas de que la sentencia no podría ser ejecutada en el Estado de situación del bien vulnerándose así la tutela judicial efectiva de las partes.

3. La CJI en el Reglamento Bruselas I bis respecto a las acciones reales sobre bienes muebles por sumisión expresa o tácita

La sumisión expresa o tácita es otro de los foros que se pueden utilizar para determinar la competencia judicial en materia de acciones reales sobre los bienes muebles. No obstante, es necesario hacer algunas precisiones en cuanto a su aplicación. Si bien en abstracto es un foro que ofrece seguridad jurídica, unidad jurisdiccional y garantías al permitir elegir el tribunal que las partes consideren mejor situado para resolver un litigio, chocaría en su desarrollo con la movilidad del bien. En primer lugar, porque la rigidez en la sumisión expresa (art. 25 RBI *bis*) en relación con las condiciones que debe reunir el acuerdo entre las partes, no se corresponde con la posibilidad de cambiar el bien de territorio, lo que dejaría al tribunal con la competencia pero sin la posibilidad de actuar sobre el bien³¹. En segundo lugar, respecto a la sumisión tácita (art. 26 RBI *bis*) la aceptación de la competencia no reuniría las condiciones exigidas por el carácter territorial que está en el trasfondo de las acciones reales, al depender la asignación de un determinado tribunal por parte del demandante más del derecho personal (por ejemplo un contrato) que de la acción real en litigio. En estos casos, tal como se ha indicado anteriormente, según la jurisprudencia del TJUE, haría que los foros invocados no centraran el foco en los derechos reales llevando

³¹ *Ibid.*, p. 264.

la competencia favor del derecho de crédito que no podría ser oponible frente a terceros³².

IV. POSIBLES SOLUCIONES A LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS REALES EN BIENES MUEBLES EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Vistos los problemas que se plantean por la falta de una regulación específica para la determinación de la CJI para los bienes muebles, se podrían proponer diferentes foros que ayudarían en la resolución del conflicto especialmente potenciando los principios de proximidad, economía procesal y la tutela judicial efectiva.

1. *Forum rei sitae*

Es la solución tradicional adoptada por el ordenamiento español en el art. 22 *quinquies* de la LOPJ siendo una buena opción en cuanto que ofrece seguridad y previsibilidad a las partes. Su consideración como foro especial frente al foro exclusivo que mantiene los bienes inmuebles aporta flexibilidad permitiéndole a las partes optar por el foro general o por el foro de la sumisión expresa o tácita. Sin embargo, dada la facilidad con la que se pueden cambiar los bienes muebles de ubicación, se deben buscar otras opciones para evitar iniciar procesos que no llegarían a buen fin al no estar ya el bien en el territorio donde se presentó la demanda. Por ello, entre los argumentos que justificarían esta solución estaría el de aunar *forum y ius* dado que en la mayoría de los ordenamientos la ley aplicable a los bienes muebles es la del lugar de situación del bien. Así mismo conocer el lugar donde se encuentra el bien le va a permitir al demandante acelerar la presentación de la demanda evitando así que el demandado pueda retirarla dificultando la acción real sobre el bien. Además, se facilitaría el acceso a la justicia y eliminaría dudas en cuanto al lugar donde se debería litigar, ofreciendo seguridad en las transacciones internacionales al mismo tiempo que se reducirían los costes procesales en el caso de que se tuvieran que practicar pruebas o inscribir embargos. Finalmente, la competencia judicial estaría justificada por los estrechos vínculos que unen el fondo del litigio al territorio de un Estado, así como por el interés público presente en los litigios que tratan aspectos relativos a los derechos reales.

³² Vid. nota 6.

Esta solución también se puede aplicar a las cuestiones que plantea el conflicto móvil dado que los bienes muebles pueden cambiar de territorio con gran facilidad lo que supone una fuente de inseguridad jurídica para aquellos que quieren reclamar una acción real (constitución de una hipoteca, un usufructo etc.). En concreto se trataría de aplicar el *forum rei sitae* para otorgar competencia al tribunal en cuyo territorio se halle el bien, considerándose como jurídicamente relevante el momento en el que se verifique el acto en el que se manifieste la acción real. En el momento en que el bien cambie de territorio, se tendrá en cuenta la nueva situación respecto a los derechos reales reclamados, de tal manera que el nuevo tribunal asignado no actuaría sobre los actos juzgados en el territorio donde el bien hubiera estado situado con anterioridad. Esta solución ofrecería claridad en relación a la presentación de las acciones reclamadas que deberían ser juzgadas en base al lugar de situación del bien, evitando de este modo la inseguridad jurídica respecto a la delimitación del litigio ante los diferentes tribunales que pudieran verse implicados en el conflicto móvil.

2. Forum Patrimonii

Mientras que el *forum rei sitae* solo determina la CJI para bienes singulares (*uti singulis*) se puede plantear la posibilidad de incorporar un foro más amplio que integre a este también de tal manera que actúe de forma global sobre los bienes que forman parte de un patrimonio (*uti universi*)³³. Con este foro al menos permanecería la CJI del tribunal que determinara el título de adquisición, independientemente de que el bien cambiara de lugar. Esta propuesta además permitiría utilizar por analogía las acciones sobre los bienes mobiliarios. De este modo, la CJI para determinar el título de adquisición del bien mueble quedaría regulado por el *forum patrimonii*, mientras que el litigio nacido respecto del modo de adquisición quedaría regulado por el tribunal de lugar de situación del bien mueble. No obstante, esta solución tiene como inconveniente la necesidad de que las partes presenten demandas en tribunales ubicados en Estados diferentes lo que además de generar más gastos podría dar lugar a resoluciones con distinto alcance respecto a la acción sobre el derecho mobiliario.

Por ello, para salvar este obstáculo se podría determinar el tribunal mejor situado para determinar la acción real objeto del litigio actuando en dos

³³ Esta solución ha sido considerada por E. Vitta en relación a la ley aplicable a los derechos reales citado por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 1191.

etapas. En la primera fase debería establecerse cual es el tribunal que se ocuparía de la transmisión del derecho real en base al *forum rei sitae*. En una segunda fase el tribunal debería determinar si le corresponde a él la competencia en función de que concurra un título jurídico determinado (sucesión, contrato, donación etc.), en cuyo caso podría invocar el *forum non conveniens* para que fuera el *forum patrimonii* el que solucionase el litigio. Esta fórmula parecería adecuada ya que tiene en cuenta el principio de proximidad dando protagonismo al tribunal con el que la acción real sobre el bien mueble tiene un vínculo más estrecho.

V. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Dentro de los bienes muebles existen unas determinadas categorías que no responden a las soluciones ofrecidas tanto a nivel procesal (RBI *bis* o la LOPJ) como a nivel doctrinal. En concreto se trata de los medios de transporte, de los bienes en tránsito (o mercancías) y los bienes destinados a la exportación, todos ellos nacidos para desplazarse siendo su característica la de estar en constante movimiento³⁴. Esta condición ha sido tomada en cuenta por el legislador español en relación a la ley aplicable en el art. 10.1º *in fine* y 2 Cc³⁵ siendo también incorporados en la propuesta de Reglamento de la GEDI. Sin embargo, a pesar de su tratamiento en materia de ley aplicable, no han sido regulados procesalmente³⁶, lo que no sucede con los bienes culturales, que tal como se ha expuesto *supra*, no forman

³⁴ El GEDIP se refiere a todos ellos en su propuesta de Reglamento. En su art. 2 define en la letra c) “bien en tránsito” como aquel que es desplazado de un Estado a otro, y en la letra d) “bienes para la exportación”, como un bien destinado a ser transferido a otro Estado. Respecto a los medios de transporte no los define pero los regula en el art. 6 estableciendo que los derechos de propiedad inmatriculados quedan sometidos a la ley del Estado del lugar donde se encuentre el registro.

³⁵ Art. 10.1º *in fine* Cc. A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino. *Vid.* N. Bouza Vidal, “Art. 10-1” *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 105-110.

Art. 10.2º Cc. Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen. *Vid.* N. Bouza Vidal, “Art. 10-2”, *loc. cit.* pp. 105-110.

³⁶ y los bienes culturales, que no forman parte de esta propuesta pero que si han sido considerados como un foro especial (art. 7.3º) en el RBI *bis*.

parte de esta propuesta pero que si han sido considerados como un foro especial (art. 7.3º) en el RBI *bis*.

1. Medios de transporte

Por analogía con las soluciones legislativas presentes en los Convenios internacionales que regulan el estatuto real de los medios de transporte, carece de lógica dar competencia a los tribunales del lugar de situación de los mismos (buques, aeronaves, ferrocarriles y automóviles), convirtiéndose ésta en una solución poco práctica y generadora de inseguridad jurídica dado que su naturaleza les obliga a estar en constante movimiento. En este sentido, parece evidente la sustitución del tribunal del lugar de situación, utilizado como regla general para los bienes muebles, por los del lugar de abanderamiento, matrícula o registro en caso de creación, transmisión y extinción de derechos reales. Esta solución se justifica tanto por razones de operatividad, como por alinearse con las normas internacionales que regulan esta materia en relación a ley aplicable³⁷.

No obstante, si bien esta solución se adapta bien a los buques y aeronaves, para el ferrocarril no siempre sería apropiada. Ello se debe a que en el transporte ferroviario los vagones particulares carecen de un régimen jurídico propio que los vincule necesariamente con el registro de un determinado Estado por lo que, desde un punto de vista práctico, el nexo con el lugar de situación de registro no podría actuar sobre los problemas surgidos tras la creación, por ejemplo, de una hipoteca sobre un vagón registrado en el extranjero. Esto dejaría al tribunal ubicado en el Estado del registro sin la conexión que lo vincularía a la acción real objeto del litigio. Respecto a los medios de transporte por carretera la solución también sería la de dar competencia judicial a las autoridades del lugar de matriculación del vehículo, a pesar de que a nivel de ley aplicable y a diferencia de las soluciones anteriores, el legislador ha optado por desplazar la ley del estado de matriculación por la ley del lugar de situación (*lex rei sitae*) con un fundamento más práctico que jurídico. Las razones alegadas para dar un tratamiento diferencial a los automóviles a favor de la ley de situación del

³⁷ Entre otros, el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 sobre unificación de reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos; Convenio de Roma sobre embargo preventivo de aeronaves de 29 de mayo de 1933; Convenio de Bruselas sobre ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952, sustituido por el Convenio internacional de Ginebra sobre embargo preventivo de buques de 12 de marzo de 1999. BOE 2.5.2011; Convenio de Ginebra sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 6 de mayo de 1993, BOE 23.4.2004; Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre equipos móviles de 16 de noviembre de 2001 BOE 4.10.2013 y sus protocolos anexos.

automóvil se basan en que la ley del lugar de la matricula del vehículo limita los efectos civiles inherentes a la matriculación, tiene menos elementos para controlar los cambios u ocultación de la matrícula (en relación al resto de medios de transporte) y no resuelve los aspectos relativos a la responsabilidad extracontractual en casos de accidente de circulación por lo que no está asegurado el resarcimiento del daño³⁸. Todos estos argumentos sin embargo no operan a nivel de acciones reales sobre los automóviles, siendo sin duda el tribunal del Estado de matriculación del vehículo el que ofrece mayor seguridad debido a la eficacia territorial de la publicidad registral.

En conclusión, en relación a los medios de transporte, se trataría de fijar un territorio que diera estabilidad a estos bienes permitiendo fijarlos en un territorio en el caso de tener que hacer frente a las acciones reales que pudieran ejercerse sobre los mismos (hipotecas navales, prendas, reservas de dominio etc.). No cabe duda de que la competencia judicial debería recaer sobre el tribunal del lugar donde se encuentre registrado o matriculado el buque, aeronave, ferrocarril o automóvil. Se daría así paso al principio registral respecto a la inscripción de acciones reales sobre estos medios de transporte en base al lugar donde se encuentren inscritos, registrados o matriculados. Hay que tener en cuenta que la publicidad registral es una condición exigida en muchos sistemas como condición de oponibilidad de un derecho real frente a terceros, por lo que un traslado de un bien, sobre todo si es desconocido para el titular del derecho real, no concede la protección frente a terceros, de ahí la importancia de que sea el tribunal del lugar del registro el que proteja al titular de estos derechos³⁹. La solución propuesta no sería en este caso la creación de un foro especial, ya que dado su carácter registral seguiría por analogía las soluciones contenidas tanto en el RBI *bis* (art. 24) como en la LOPJ (art. 24) para los actos que necesiten ser registrados tomando como base el control de los registros por los tribunales donde estos se encuentren ubicados⁴⁰.

³⁸ Vid. N. Bouza Vidal, "Art. 10-2", *loc. cit.* p. 106.

³⁹ Por esta razón la Unión Europea se está planteando la posibilidad de establecer un sistema de registro central que extienda sus efectos a todo el territorio comunitario, al menos para los derechos de garantía europeos creados en el espacio intracomunitario.

⁴⁰ Art. 24 Reglamento Bruselas I bis: "Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro; 4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro,... os órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro.."

2. Bienes en tránsito y bienes para la exportación

Otra de las modalidades de bienes muebles que por su naturaleza requieren un tratamiento diferenciado son los bienes en tránsito, definidos como “aquellos bienes objeto de un transporte internacional en el momento en que se dispone de ellos o son objeto de algún acto jurídico de transcendencia real”⁴¹. Sería el caso de las mercancías expedidas de un Estado a otro y que en su caso podrían ser vendidas en el curso del transporte.

Su carácter itinerante dificulta enormemente la determinación del tribunal que puede ocuparse de cuestiones relativas a acciones reales sobre estos bienes teniendo en cuenta que la vinculación que tienen con el territorio en tránsito es efímera y poco apta para considerarlo como el lugar de situación del bien. Para determinar el tribunal mejor situado para dar respuestas a las acciones reales sobre dichos bienes se pueden tomar como base dos argumentos. Por un lado, la solución ofrecida por el Derecho español para la regulación de los bienes en tránsito en el Código civil que establece en su art. 10.1º que a los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que las partes determinen como aplicable la ley de destino. Por otro lado, la propuesta de Reglamento del GEDIP que opta en su art. 5 por considerar que la adquisición o pérdida de un derecho de propiedad de un bien en tránsito se regulará por la ley de destino, a condición de que el bien se encuentre en este territorio. A continuación establece que si el derecho de propiedad se hubiera creado conforme a la ley de destino, al tiempo que otro derecho de propiedad se hubiera creado en el lugar donde físicamente estuviera situado el bien, éste último ordenamiento jurídico sería el que determinaría cuál de ellos prevalecería sobre el otro. Como puede apreciarse, se intenta resolver así los problemas de conflicto móvil que estos bienes generan tomando como base el principio de proximidad que da apoyo a la ley de situación de bien.

Estas respuestas ofrecidas en materia de ley aplicable podrían ser trasladadas al ámbito procesal proponiendo la competencia de los tribunales del lugar de expedición o de destino de las mercancías para determinar la constitución o cesión de los derechos reales que pudieran establecerse sobre estos bienes. Esta solución difiere de la ofrecida para los medios de transporte para los cuales, tal como se ha expuesto, prima la

⁴¹ J.D. González Campos *et al*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, p. 347. La propuesta de Reglamento del GEDIP define en su art. 2 c) “bien en tránsito” el que se desplaza de un estado a otro.

estabilidad a través del tribunal donde se halle el registro dándole el carácter de foro exclusivo. Por el contrario, los tribunales competentes para solucionar los litigios nacidos de las acciones reales de los bienes en tránsito tendrían la consideración de un foro especial que sería alternativo con el foro del domicilio del demandando o con la autonomía de la voluntad expresa o tácita pudiendo las partes elegir entre las dos opciones posibles (lugar de expedición o de destino) por su vinculación con la mercancía.

En este sentido, determinar como foro especial el Estado de expedición de la mercancía, permitiría ubicar la constitución del derecho real en el establecimiento del vendedor buscando la alineación con el contrato de compraventa, muy vinculado con la operación comercial. Por otro lado, optar por dar competencia al foro del Estado de destino de las mercancías tendría también la ventaja de ser el lugar donde llegarían los bienes en tránsito y dónde probablemente el derecho real debería desplegar sus efectos. No obstante, la llegada de la mercancía a destino no siempre está asegurada, bien por modificación en la ruta o por algún inconveniente que se haya podido dar en el camino, lo que permitiría hablar del foro de la situación futura del bien. Por otro lado, no hay que olvidar que el tribunal del nuevo lugar de situación del bien solo se ocuparía de los actos o acontecimientos con transcendencia real que se pudieran producir después del cambio. Otra dificultad que puede surgir es la calificación de mercancía o bien en tránsito, necesaria para aplicar esta regla especial ya que si se decide interrumpir el transporte para disponer del bien en un lugar determinado, esta situación haría que la mercancía recuperase su carácter de “cosa”⁴² y por tanto fuera sometida al *forum rei sitae*.

En una situación similar se encuentra el bien destinado a la exportación⁴³ que, a diferencia del bien en tránsito, tiene como finalidad ser transferido a otro Estado. El supuesto es diferente en la medida de que en el momento de iniciar la operación de exportación el bien se encuentra en el Estado del expedidor, si bien se trata de una localización efímera ya que los bienes están destinados a ser inmediatamente trasladados al Estado de destino. El *forum rei sitae* se acomoda mejor en este caso con el Estado de destino por designar el mercado afectado donde se integrará el bien, estando sus

⁴² Sería por ejemplo el caso en el cual las cosas se pusiesen a disposición de un tercero en un Estado considerado de mero tránsito, afectando a su tráfico jurídico real (un transportista decide vender las mercancías a un tercero de buena fe con el que entra en contacto en un puerto de paso).

⁴³ Definido en el art. 2 de la propuesta de reglamento del GEDIP como el bien destinado a ser transferido a otro Estado. Su regulación está en el art. 5 del mismo texto dando la misma solución que para los bienes en tránsito.

tribunales en una mejor posición para defender las acciones reales presentes en la relación litigiosa⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

El hecho de que el legislador europeo no haya tratado los aspectos de CJI para los bienes muebles parece responder a la dificultad que le supone posicionarse en una materia muy arraigada en las diferentes familias jurídicas. No obstante, la propuesta de Reglamento que en estos momentos está trabajando el GEDIP en materia de ley aplicable a los derechos reales sobre bienes corporales demuestra un interés, al menos por parte de la doctrina, en obtener una regulación conjunta que ayude a superar estos escollos ofreciendo soluciones uniformes en materia de ley aplicable, si bien por el momento no se han abordado paralelamente las cuestiones procesales.

Por el momento se ha contado solamente con las soluciones aportadas por la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos reales inmobiliarios, si bien, la exclusividad del foro y la protección que los Estados otorgan a los bienes inmuebles han dificultado el traslado de estas soluciones al ámbito de los bienes muebles. A ello se debe unir la facilidad con la que estos bienes pueden cambiar su ubicación, lo que plantea serios problemas a la solución del *forum rei sitae* ofrecida para las acciones reales en los bienes inmuebles.

Por esta razón las propuestas que se han expuesto son un intento de salvar las cuestiones relacionadas con la movilidad de los bienes, considerando la posibilidad de utilizar otras conexiones alternativas o complementarias que le permitan a las partes presentar sus demandas ante tribunales que protejan sus derechos. En este sentido, conceder la competencia al tribunal de lugar de situación del bien mueble alternativamente con el foro del domicilio del demandado o con la sumisión expresa o tácita ofrece la posibilidad de sumar al principio de proximidad del *forum rei sitae* otros foros complementarios que ayuden a las partes a minimizar los problemas generados por la movilidad del bien. Por otro lado, se puede buscar el anclaje de los bienes determinando su función dentro de una masa patrimonial invocando el *forum patrimonii* para de este modo minimizar la movilidad del bien, pudiendo declararse este tribunal como

⁴⁴ Vid. en relación a la ley aplicable M. Virgós Soriano, "Las cosas y los derechos reales", *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-285. F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas, 4ª ed., 2017, pp. 423-435.

mejor situado para interponer acciones oponibles a terceros si así fuera necesario.

Asimismo, habrá que dar un tratamiento particular a los medios de transporte que permita superar su naturaleza circulante. Para ello, el tribunal del lugar del abanderamiento, registro o matricula del buque, aeronave, ferrocarril o automóvil que en este caso actuará como un foro exclusivo, será el más indicado para actuar en caso de litigio entre las partes actuando como tribunal del registro, y por tanto asegurando la protección en relación a los derechos reales inscritos. Por último, para los bienes en tránsito y los bienes destinados para exportación, afectados igualmente por su falta de permanencia en un territorio, será bien el tribunal del lugar de expedición o de destino los más apropiados para resolver las acciones reales que afecten a sus bienes, decidiendo su elección en base al lugar donde se haya constituido el derecho real.

No obstante, la evolución de la legislación de la Unión Europea, especialmente en materia mercantil, exige ofrecer soluciones que refuercen la seguridad jurídica a través de regulaciones uniformes, especialmente en materias que juegan un papel importante en las relaciones económicas de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Junco, P. et al.. *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 2ª ed. 2016.
- Batiffol, H., *Droit international privé*, LGDJ, París 1959.
- Bureau, D. Muir Watt, H., "Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu", *Revue critique de droit international privé*, 2017/2 nº 2, pp. 269–278
- Cadet, F., "Le nouveau reglement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *Jour. dr. int.*, 2013, pp. 765–790.
- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, Vol. 2, Ed. Comares, Granada, 2016.
- Crespi Reghizzi, Z., "A new special forum for disputes concerning rights in rem over movable assets: some remarks on article 5(3) of the Commission's Proposal", en Pocar, Viarengo, Villalta (eds.), *Recasting Brussels I*, 2012, pp. 173–182.
- De Miguel, P., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones", *Diario La Ley*, 31 de enero de 2013, pp. 1–4.
- Dickinson, A., "The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (Brussels I bis Regulation.)", *Legal research Paper* nº. 11/58, www.ssrn.com, pp. 1–45.

- Fernández Arroyo, P., *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1998.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 7ª ed. Civitas, Madrid, 2013.
- Garcimartín Alférez, F.J., "El nuevo reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial", *Revista Española De Derecho Europeo*, (48), 2014, pp. 9-35. Recuperado a partir de <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/314-nuevo-reglamento-bruselas-i>
- Garcimartín Alférez, F.J., "La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Diario La Ley*, nº 8614, 2015, pp. 1-8.
- Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2021.
- González Campos, J.D. et al., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991.
- Gothot, P., Holleaux, D. *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, trad. español, Madrid, 1985.
- Kreuzer, K., "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des Cours Collected Courses*, Volumen 259, 1996, pp. 27-305.
- Lacruz Verdejo, J.L., *III Derechos reales*, Volumen primero, Dykinson, Madrid, 2000.
- M. Mankowski, M., *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016.
- Ortiz-Arce de la Fuente, A., *Derecho internacional privado español y derecho comunitario europeo: introducción a los problemas del tráfico externo en sus dimensiones general, española y comunitaria europea*, Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- Pérez Vera, E., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Tecnos, 1980.
- Virgós Soriano, M., "Las cosas y los derechos reales", *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-285. F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Civitas, 4 ed., 2017 Madrid.

Recibido: 5 julio 2023
Aceptado: 9 agosto 2023

Sin margen y en el descuento: las iniciativas de la Unión Europea en la lucha contra la esclavitud moderna

Lorena SALES PALLARÉS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Un cambio en el planteamiento de la lucha contra la esclavitud de la Unión Europea. III. La propuesta de Reglamento de productos realizados con trabajo forzoso. 1. Una propuesta en trámite: cuando todas las posibilidades aún tienen cabida. 2. Condenados a entenderse: la relación con la propuesta de Directiva de debida diligencia. IV. Conclusiones.

RESUMEN: A punto de cumplirse el plazo fijado por el ODS 8 de erradicar el trabajo forzoso en 2025, están viendo la luz diferentes propuestas europeas encaminadas a luchar contra la esclavitud tanto dentro como fuera de las fronteras comunitarias. La propuesta de Reglamento de productos realizados con trabajo forzoso que actualmente se encuentra en trámite legislativo será el punto desde el que revisemos el objetivo que marcó Úrsula Von der Leyen de no permitir el comercio en el mercado europeo de productos manufacturados procedentes de trabajo forzoso. Esta no es una norma que pueda analizarse de manera independiente, por lo que la revisión de la propuesta de Reglamento nos obligará a atender a otras normas que la UE está desplegando en su lucha contra la esclavitud, especialmente la referida a la debida diligencia cuyo trámite se produce en paralelo al texto que analizamos. Las ventajas que esto representa no ocultan las dificultades que entraña un abordaje transversal como el que se propone el legislador comunitario.

PALABRAS CLAVE: TRABAJO FORZOSO; DILIGENCIA DEBIDA; ESCLAVITUD; PRODUCTOS REALIZADOS CON TRABAJO FORZOSO.

At the last and with no margin: EU initiatives in the fight against modern slavery

ABSTRACT: As the deadline set by SDG 8 to eradicate forced labor by 2025 approaches, various community proposals aimed at combating slavery both within and beyond the community borders are emerging. The proposal for a Regulation on products made with forced labor, currently under

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinadora de la REDH-EXATA. Este trabajo se ha desarrollado gracias a la concesión de la Ayuda para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023, financiado por la Unión Europea - NextGenerationEU, Ministerio de Universidades, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de Resolución de 1 de julio de 2021 de la Universidad de Castilla-La Mancha, y desarrollada en el Centro de Estudios sobre Administración de Justicia en la Universitat Jaume I de Castellón, siendo el investigador responsable del Centro Andrea Planchadell Gargallo, Catedrática de Derecho Procesal.

AEDIP, t. XXIII, 2023, pp. 373-397
ISSN 1578-3138
DOI: 10.19194/aedipr.23.13

legislative process, will serve as the starting point for reviewing the objective set by Ursula Von der Leyen of not allowing the trade of manufactured products originating from forced labor in the European market. This is not a regulation that can be analyzed independently, so the review of the proposal will require us to consider other norms that the EU is implementing in its fight against slavery, especially those related to due diligence, which are being processed in parallel to the text under analysis. While there are advantages to this approach, it does not hide the difficulties involved in such a comprehensive undertaking as proposed by the EU legislator.

KEYWORDS: FORCED LABOUR; DUE DILIGENCE; SLAVERY; PRODUCTS MADE WITH FORCED LABOUR

I. INTRODUCCIÓN

Hay un tictac que marca una cuenta atrás ineludible para la comunidad internacional, a sabiendas de que llegamos tarde y llegamos mal. Me refiero a la meta 8.7 de los ODS, que tiene por objeto “[A]doptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas”.

Y digo que llegamos tarde y mal porque a pesar de las iniciativas emprendidas por la UE y por los Estados a nivel interno, como en España ha sido el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso¹, la esclavitud moderna² no ha desaparecido a pesar de los múltiples intentos de

¹ Puede consultarse el plan en [<https://bit.ly/40UHAer>] y las reflexiones al mismo de E. Pomares Cintas, “¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 42, 2022, pp. 1–36.

² El concepto de “esclavitud moderna” lo hemos ido imponiendo tanto la doctrina, con el uso continuado de la noción que Kevin Bales usara en la década de los 90 formando parte del vocabulario imprescindible de este siglo XXI, como la jurisprudencia, desde donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) al Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N.º 318, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), 20 de octubre 2016 [<https://bit.ly/3Bw1Uio>], acuñó esta expresión para referirse a los hechos que estaba juzgando. Sobre el impacto de esta Sentencia de la CorteIDH sobre la jurisprudencia recaída a partir de ella *vid.* J.L. Cordovil Barbosa, L. Henriques Fonseca y N. Mascarenhas Simões Bentes, “Trabalho análogo a escravidão e a análise do caso “trabalhadores da fazenda brasil verde vs brasil”, *Revista Jurídica Do Cesupa*, Edição Especial 2023, pp. 174–197; E. Salmón Gárate, “El sistema interamericano de derechos humanos y las formas contemporáneas de esclavitud. Análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, en P. Mercado Pacheco, M.ª I Ramos Tapia, (coords.); E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 157–190.

regularla y prohibirla³, sino que es un caldo de cultivo donde empresas y derechos humanos se entrelazan mostrando la peor versión de una relación indisoluble que parece “resurgir” si atendemos a las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Chowdury y otros vs. Grecia*⁴.

Cuando el profesor Ruggie declaró que las brechas de gobernanza estaban proporcionando el ambiente permisivo para actos ilícitos por parte de empresas sin una sanción o reparación adecuada para las víctimas, y abogaba por tender puentes compartiendo la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos entre los Estados y las empresas⁵, no se imaginaba que estaba dando el primer paso de un camino hacia una nueva etapa. El marco normativo que propuso junto a su lema “Proteger, Respetar y Reparar” consiguió establecer (con todos los matices y críticas que cada cual crea necesario incluir), ámbitos de responsabilidad y actuación para Estados y empresas, pero buscando un objetivo final de garantizar, por ambas partes, la asunción de impactos negativos sobre los derechos humanos en el desarrollo de la actividad corporativa proponiendo remedios “efectivos” para sus víctimas⁶ en caso de producirse estos.

³ Así la Convención sobre la Esclavitud firmada en 1926 en Ginebra, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, o los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, han venido prohibiendo estas mismas conductas. Señala muy acertadamente P. Rivas Vallejo, “Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género”, en P. Mercado Pacheco, M.ª I Ramos Tapia, (coords.); E. Pérez Alonso, S. Olarte Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud...*, op. cit., pp. 42 ss., que trata, explotación, trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre son conceptos que a menudo se manejan indistintamente pero que no son sinónimos, aunque esta simbiosis ha aglutinado un consenso mundial alrededor de dos textos, por un lado, el *Convenio N.º 29 de la OIT sobre trabajo forzoso* y el *Protocolo de Palermo*, que a su vez es complementario de la *Convención sobre la esclavitud* de 1926.

⁴ STEDH 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros vs. Grecia*, N.º 21884/15, que habla de una “reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial”, cuando reconoce una situación de explotación que califica de servicios forzados en el contexto de la agricultura estacionaria. Puede verse un comentario en extenso de este caso en A. Trujillo Del Arco, “El asunto Chowdury y otros c. Grecia: nuevos avances bajo el art. 4 CEDH en el combate contra la trata de personas y la explotación”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 45, 2018, pp. 232–251.

⁵ Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Distr. GENERAL E/CN.4/2006/97 del 22 de febrero de 2006 (<https://bit.ly/3oRXAXf>).

⁶ O. Martín-Ortega, “Europa se enfrenta (por fin) al reto de los minerales conflictivos: el reglamento 2017/821”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 45, 2018, pp. 277–298, p. 283.

Los primeros Estados que recogieron este guante en la esfera europea fueron Reino Unido y Francia⁷ cambiando, de este modo un panorama legislativo al que ahora se le une la propia Unión Europea.

Desde las instancias comunitarias se quiere liderar la lucha contra la esclavitud, lo que lejos de ser una novedad, aunque así lo pareciera cuando en el discurso sobre el Estado de la Unión de 2021⁸ Úrsula Von der Leyen revelara la intención de prohibir en el mercado comunitario los productos manufacturados procedentes del trabajo forzoso⁹, es solo la última de las iniciativas con las que la Unión amplía el frente legislativo de su compromiso, cada vez más firme y decidido, en la lucha contra la esclavitud entendida de un modo amplio.

II. UN CAMBIO EN EL PLANTEAMIENTO DE LA LUCHA CONTRA LA ESCLAVITUD DE LA UNIÓN EUROPEA

Si empezamos por el final, la última propuesta que ha puesto sobre la mesa la UE es el Reglamento COM (2022) 453 final, que pretende prohibir la introducción y comercialización en el mercado de la UE o la exportación desde la Unión de todos aquellos productos realizados con trabajo forzoso. Este será de hecho, la propuesta sobre la que centraremos nuestro estudio. Pero esta propuesta está buscando complementar un panorama legislativo existente o en proyecto cuya finalidad es la lucha contra la esclavitud de un modo mucho más global y ambicioso.

Y es aquí donde creo que radica la fortaleza de la iniciativa comunitaria ya que ha sabido ver que solo desde un abordaje transversal puede lucharse contra la esclavitud moderna. Incluso más, que solo se conseguirá atajar esta problemática cuando legislemos haciendo que las empresas sean parte imprescindible de esta lucha, convirtiéndose en instrumento y cooperador

⁷ Respectivamente nos referimos a las iniciativas de la *Modern Slavery Act de 2015* y la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* de 2017, a quienes han seguido Alemania, con su *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* de 2021 y Holanda con la *Dutch Child Labour Due Diligence Law* con similares propósitos. Inestimable el avance que ha supuesto de entre todas ellas la ley francesa, que es con mucho la que con mayor asiduidad estamos viendo aplicada y que mayor atención concentra de la doctrina especializada.

⁸ 2021 *State of the Union Address by President Ursula von der Leyen*, accesible en <http://bit.ly/3HZiX0H>.

⁹ Nos referimos a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso, COM (2022) 453 final, de 14 de septiembre de 2022. En adelante nos referiremos a ella como la Propuesta de Reglamento sobre productos realizados con trabajo forzoso.

necesario al mismo tiempo y no dejando que simplemente sean destinatarias de las normas.

En este sentido la Unión ha ido elaborando y proponiendo en estos últimos años un variado repertorio de normas algo “eclécticas”, pero cuya visión de conjunto supone un planteamiento global de defensa de los derechos humanos frente a las actuaciones de las corporaciones multinacionales. Conseguir erradicar la esclavitud pasa por actuar desde frentes diversos para conseguir resultados óptimos y no meros parches, y la Unión, consciente de esto ha ido trabajando y elaborando normativa referida a frentes diversos pero relacionados.

Será fundamental en este sentido la Propuesta de Directiva que se tramita en paralelo a la del trabajo forzoso, referida a las obligaciones de información y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y de transparencia¹⁰, que pretende una prohibición respaldada por un marco de garantía de cumplimiento sólido y basado en el riesgo. Junto a ambas propuestas, el repertorio heterogéneo lo completan normativas que abarcan temas como la divulgación de información no financiera¹¹, el abordaje del trabajo digno¹², pero también encontramos regulación sobre la deforestación¹³, los minerales de zonas de conflicto¹⁴, o las inversiones sostenibles¹⁵. Todo ello enmarcado con el Pacto Verde

¹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, de 23 de febrero de 2022.

¹¹ En este sentido Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican el Reglamento (UE) N.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, de 14 de diciembre de 2022, DO L 322 de 16.12. 2022.

¹² Sobre el trabajo digno nos remitimos a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible, COM(2022) 66 final, de 23 de febrero de 2022, <http://bit.ly/41211LB>.

¹³ Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) N.º 995/2010, DOUE L 150/206, de 9 de junio de 2023. Sobre este texto me remito al análisis de M.ª I. Huerta Viesca, “Nueva diligencia empresarial en la Unión Europea frente a la deforestación mundial”, *Diario La Ley*, n.º 10313, de 22 de junio de 2023.

¹⁴ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 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 L 130 de 19.5.2017.

¹⁵ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, DO L 198 de 22.6.2020.

Europeo y el compromiso de neutralidad climática a conseguir en 2050¹⁶, que consagra una visión holística a la hora de regular y afrontar la defensa de los derechos humanos, ya que “la inestabilidad y la escasez de recursos relacionados con el clima y el medio ambiente pueden ser y son instrumentalizados activamente por grupos armados y redes de delincuencia organizada, regímenes corruptos o autoritarios [...]”¹⁷. Coadyuvar en la lucha contra el cambio climático será un modo de proteger de manera indirecta los derechos humanos y de luchar contra la esclavitud.

Que tengamos una opinión favorable y positiva sobre estas iniciativas no significa que no veamos las dificultades que representan y que, además, son en todo caso múltiples. Por un lado, porque tenemos los tiempos y objetivos de los ODS y su meta 8.7, que obligan a trabajar con plazos muy cortos, apenas año y medio de aquí hasta 2025, para lograr alcanzar mínimos avances en algunos de estos principios siquiera sea contando con normas que nos aproximen a lograr “las medidas inmediatas y eficaces” que suponen el compromiso nuclear y al que debemos aspirar al menos como objetivo mínimo a alcanzar¹⁸.

Pero por otro, el mayor reto en nuestra opinión es coordinar y hacer avanzar el catálogo de textos existentes con las propuestas que actualmente hay presentadas, en cuanto al contenido material y al diseño de una estructura orgánica que controle y vigile la aplicación tanto de las exigencias como de las sanciones por incumplimientos. Y ello porque en algún momento inicial tras las primeras normas el legislador comunitario asumió que las soluciones no vendrían de la mano de un único punto focal, por lo que debía imponerse un abordaje integral desde diferentes pero complementarias perspectivas.

Este planteamiento¹⁹ transforma el modo de afrontar la problemática de la esclavitud, obligando a cambiar el enfoque y “mirar al fondo”²⁰ una vez

¹⁶ Ha sido el 28 de junio de 2023 cuando se dado a conocer la Comunicación conjunta de la Comisión Europea y el Alto Representante proponiendo nuevas perspectivas globales sobre la amenaza que representan el cambio climático y la degradación del medio ambiente para la paz, la seguridad y la defensa que se puede consultar en <https://bit.ly/3PKznjj>.

¹⁷ Cf. Nota de prensa EEAS Press Team, de 28 de junio de 2023, <https://bit.ly/445bVBF>.

¹⁸ La alternativa a ello sería dar por válido un incumplimiento en los ODS tanto en tiempo como en contenido que no es deseable por cuanto perpetuaría un rol para Naciones Unidas de simplemente marcar tendencia, pero no resolver los problemas que señala.

¹⁹ Apuntado por Maria Grazia Giammarinaro en su Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Doc. A/75/169, de 17 de julio de 2020, accesible en <https://bit.ly/3YSCBTa>.

²⁰ Cf. E. Pomares Cintas, “¿Es anecdótico el trabajo esclavo...”, *loc. cit.*, p. 5 y E. Pomares Cintas, “¿Naufraga el Protocolo de Palermo ante la necesidad de erradicar las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano?”, J.A. Rodríguez Vázquez (Coord.), *V Congreso Jurídico Internacional Sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, Veinte años después del Protocolo de*

comprobado que los esfuerzos legislativos internacionales constataban que el camino seguido hasta ese momento no satisfacía ni el enfoque del derecho internacional humanitario ni los deberes de diligencia de Estados ni empresas²¹ ni había logrado avances significativos. Por tanto, había que replantear la situación y esto pasaba por poner en el centro el objetivo de dotarnos de normativa que identificara, persiguiera y previera cualquier modo de explotación o esclavitud sin quedar por esto reducido al ámbito penal estos esfuerzos como venía siendo tradicional²². Similares planteamientos subyacían en quienes requerían aplicar una visión garantista basada en la interseccionalidad en el enfoque en la trata de seres humanos, de modo que se pusiera el acento en el fenómeno polifacético y complejo que representaba²³.

Palermo, t. II, OIT, Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos, Lima, 2023, pp. 13–40, p. 25.

²¹ El enfoque basado en la *due diligence* o diligencia debida es en estos momentos la piedra angular como así lo demuestran los numerosos trabajos que aparecen desde la doctrina más especializada en diversos campos. Así C.R. Fernández Liesa, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, N.º 2, 2022, pp. 427–455, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7190>; N. Magallón Elósegui, “El Derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º Extra 16, 2022; S. Galimberti Díaz Faes, *Debida diligencia en derechos humanos: en camino hacia la legalización*, Universidad San Pablo–CEU, CEU ediciones, 2023; G. Palao Moreno, “Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al Derecho internacional privado”, N. Reguart Segarra (coord.); M.Ch. Marullo, L. Sales Pallarés, F.J. Zamora Cabot (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Ed. Colex, 2023, pp. 45–66; 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*, N.º 79, 2022, pp. 473–497; T. García Sedano, “Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 22, 2022, pp. 210–229; F. Pascual-Vives, A. Jiménez-Piernas García, *Debida diligencia corporativa en materia de derechos humanos y sostenibilidad: ¿riesgos u oportunidades?*, Universidad San Pablo–CEU, CEU ediciones, 2023; M.ª C. Márquez Carrasco, “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, N.º 2, 2022, pp. 605–642, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7198>; A.J. Recalde Castells, “La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre “diligencia debida” –due diligence– en materia de sostenibilidad)”, M.ª J. Peñas Moyano (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, Ed. Universidad de Valladolid, 2023, pp. 691–708.

²² E. Pomares Cintas, “¿Naufraga el Protocolo de Palermo...”, *loc. cit.*, p. 21.

²³ *Vid.* en este sentido W. Corrêa Da Silva, “La interseccionalidad en la trata de seres humanos: un encuentro necesario para el enfoque de derechos humanos”, N. Cordero Ramos, P. Cruz Zúñiga (Eds.), *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 37–65.

Se había aprehendido la idea de que la lucha contra la esclavitud moderna tenía que afrontarse desde un amplio frente común. Sin embargo, la implementación de la tríada de textos a los que me he referido²⁴ requieren de una combinación de esfuerzos a nivel legislativo, empresarial y de supervisión para su implementación que no auguran una fácil puesta en práctica. Y eso no solo pensando en que los países apliquen de manera uniforme, precisa y adecuada la legislación resultante de los reglamentos y directivas que establezcan los requisitos y obligaciones de las empresas en relación con la diligencia debida, la sostenibilidad o la prohibición del trabajo forzoso, sino sobre todo teniendo en mente aquellos Estados que ya cuentan con normativa interna propia y cuyas empresas ya están en unas dinámicas y obligaciones que no van a tener que coincidir obligatoriamente con las que acaben saliendo de las propuestas comunitarias lo que puede provocar inseguridad jurídica y alteración de la competencia entre ellas.

De otro lado, en este replanteamiento que propone este nuevo enfoque, y si queremos proteger debidamente a las víctimas tendremos que prestar especial atención al modo en el que se las resarce o se les da acceso a remedios efectivos.

Esta labor requiere de un paso previo: la educación y concienciación tanto de la sociedad civil como de las empresas. Será por tanto importante promover la educación y la conciencia tanto entre las empresas como entre los consumidores²⁵ como agentes activos en la defensa y lucha de los derechos humanos. Si importante es que las empresas comprendan las implicaciones y los beneficios de implementar prácticas de diligencia debida y sostenibilidad, así como las consecuencias negativas del trabajo forzoso, que los consumidores estén informados y sean conscientes de las prácticas responsables de las empresas, es imprescindible para que tomen decisiones de compra informadas. No me resisto a recordar que empoderar al consumidor poniendo en sus manos la tarea de proteger los derechos humanos le permite definir el modelo de empresa que ha de liderar el mercado, de modo que *with every dollar that we spend, we vote for the world we want*²⁶. El consumidor del siglo XXI es consciente del mundo que le rodea y espera de las marcas un compromiso social, exigiendo a las empresas que

²⁴ Me refiero a las propuestas de diligencia debida, de prohibición de trabajo forzoso y las iniciativas que se acaben derivando de la Comunicación sobre el trabajo digno.

²⁵ En este sentido ya nos hemos pronunciado sobre el efecto del *consumidor responsable* como factor de cambio en las legislaciones en L. Sales Pallarés, M.C. Marullo, "La diligencia debida y el cambio de paradigma en la protección del consumidor frente la información no financiera", *Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, vol. 6, n.º 1, 2022, pp. 9 ss., accesible en <https://periodicos.uff.br/index.php/HOMA/article/view/37803>.

²⁶ Vid. D. Osgood, "Shop Like You Mean It: Why Ethical Fashion Matters", *Huffpost*, 18 de febrero de 2016, recuperado en <https://bit.ly/44vBw6z>.

tomen partido por los problemas que le rodean. Solo aquellas que consigan demostrarle que comparten sus valores y creencias serán las elegidas por él como avalan diferentes estudios sectoriales²⁷. Es este un consumidor activo, que plantea un consumo socialmente sostenible y responsable, que exige el respeto a estándares internacionales en el plano social, laboral o medioambiental, y que llega a penalizar a las empresas dejando de consumir sus productos si tiene conocimiento de rebajas en la protección de los derechos humanos o si la empresa oculta o minimiza los impactos negativos sobre las comunidades afectadas por las actividades empresariales²⁸. La información, la transparencia, es hoy más que nunca elemento clave para empresa y consumidor. La primera porque la empleará tanto con fines lucrativos como de reputación o competitividad²⁹; el segundo porque empleará esta información para orientar su elección hacia uno u otro producto atendiendo justamente a las modalidades de fabricación y distribución al respeto a esos parámetros que para él son esenciales³⁰.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE PRODUCTOS REALIZADOS CON TRABAJO FORZOSO

La propuesta presentada en septiembre de 2022, parte de un presupuesto simple: prohibir la introducción, comercialización o exportación hacia o desde el mercado de la Unión de todo producto

²⁷ En este sentido *vid.* R. De Rojas, “Los consumidores son el nuevo jefe”, *El País*, 10 diciembre de 2018, recuperado en <https://bit.ly/3PBp3dh>; P. Mercadé Melé, S. Molinillo Jiménez, A. Fernández Morales, “Influencia de las prácticas de responsabilidad social corporativa en la actitud del consumidor: análisis comparado de Mercadona, Carrefour y Eroski”, *Revista de Empresa Familiar*, vol. 4, n.º 1, 2014, pp. 73–88; o B. Baglayan, I. Landau, M. McVey, K. Wodajo, *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights*, December 20, 2018, accesible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3304959>.

²⁸ E. Fanjul, *Derechos humanos y debida diligencia en las cadenas globales de suministro*, Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales Número 124 / 2022, accesible en <https://bit.ly/3CTYNmM>.

²⁹ De hecho, uno de los peligros que tiene esta vertiente es el blanqueo ecológico (*greenwashing*) contra el que la Unión europea está luchando, ya que estas prácticas engañosas distorsionan tanto la competencia como la finalidad misma de los proyectos de sostenibilidad, transparencia e información en los que está trabajando.

³⁰ Ese es al menos el sentido que se extrae de distintos estudios: O. M.ª Echeverría-Ríos, D. Abrego-Almazán, J.M. Medina-Quintero, “La responsabilidad social empresarial en la imagen de marca afectiva y reputación”, *Innovar*, vol. 28, n.º 69, 2018, pp. 133–147; I. M. Martínez Escareño, M.ª F. Casillas Racurello, C. M. Núñez Alfaro, A. D. González Galindo, A. E. Aguilera Valdez, L. Portales, “Influencia del marketing social y prácticas de RSE en la intención de compra de los millennials”, *Universidad & Empresa*, vol. 20, n.º 35, 2018, pp. 251–280.

realizado con trabajo forzoso³¹. Se plantea así, a diferencia de la propuesta de Directiva de diligencia debida, una obligación legal directamente efectiva, lo que buscaría un efecto homogéneo e inmediato al no requerir de leyes nacionales de aplicación y desarrollo en los Estados miembros quedando afectados tanto los productos de producción nacional como los importados³². La simpleza sin embargo es tremendamente compleja, ya que este futuro Reglamento no deja de ser una norma cuya finalidad será contribuir y complementar a la mencionada tríada legislativa (diligencia debida y sostenibilidad, trabajo digno y trabajo forzoso)³³, y por tanto debería ser una Propuesta marcadamente complementaria al menos de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida³⁴. Esta se ocupará del comportamiento empresarial y de los procesos de diligencia debida de las empresas que entran en su ámbito de aplicación, pero no prevé medidas destinadas específicamente a impedir la introducción y la comercialización en el mercado comunitario de productos realizados con trabajo forzoso, que quedarían dentro del marco material de esta iniciativa. Al tratarse del establecimiento de un sistema en el marco del Derecho de sociedades y del buen gobierno de la empresa para abordar las violaciones de los derechos humanos y del medio ambiente en las operaciones de las propias empresas, así como de las operaciones de sus filiales y sus cadenas de valor, las empresas están obligadas a colaborar con los socios comerciales de sus cadenas de valor para poner remedio a las infracciones. Sin embargo, aunque la norma incluye sanciones en caso de incumplimiento de estas obligaciones de diligencia debida, no exige a los Estados miembros o a las

³¹ Incluido también el trabajo forzoso infantil, al que le dedicaremos un apartado específico en este trabajo.

³² Aunque en mucho menor medida no podemos obviar que también en el territorio europeo se dan en la actualidad casos de trabajo forzoso o esclavitud, como ponen de relieve las cifras del último informe de Organización Mundial del Trabajo (OIT), Walk Free, y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Geneva, 2022, accesible en <https://bit.ly/3ElxguW> y la jurisprudencia del TEDH en los casos Siliadin v. Francia (2005); Rantsev v. Rusia y Chipre (2010); y S.M v. Croacia (2020) que analiza R.M. Mestre i Mestre, "La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, N.º 4, 2020, pp. 208–226, DOI: <https://doi.org/10.46661/relies.5187>.

³³ En este sentido lo vinculan también la Recomendación 1.8 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Prohibición en el mercado de la Unión de los productos realizados con trabajo forzoso", Ponente General Thomas Wagsonner COM (2022) 453 Final, DO C 140/13 de 21.4.2023.

³⁴ Y así parece que se apunta en el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso (COM(2022)0453 – C9–0307/2022 – 2022/0269(COD)), de 28 de abril de 2023, de la lectura de sus enmiendas (en adelante Proyecto de Informe).

empresas que prohíban la introducción en el mercado o la comercialización de ningún producto, quedando irremediablemente comprometidos ambos textos entre ellos si queremos un resultado contundente y eficaz.

Ambas normas han de ir de la mano si se quieren abarcar todos los frentes que tratan de regular para además conseguir como objetivo secundario, la consecución del trabajo digno a lo largo de las cadenas de valor globales. Es por tanto imprescindible que las propuestas se coordinen ya que se complementan en la labor de erradicar la esclavitud moderna³⁵.

Ciertamente queda trabajo por delante y tal vez muchos de los apuntes que hagamos puedan afinarse en el transcurso de los procedimientos que se están llevando a cabo. En todo caso, y como se pretende en el trabajo una primera reflexión que esboce la situación en la que nos encontramos, he creído interesante recoger algunas de las preguntas que surgieron en el Parlamento al hilo de la elaboración del proyecto³⁶ para guiar y centrar algunas de las cuestiones más interesantes a plantear.

1. Una propuesta en trámite: cuando todas las posibilidades aún tienen cabida

Y justamente partir de lo más obvio, esto es, la propia definición de trabajo forzoso nos puede servir para comprender la sensibilidad y la justicia material que se busca al elaborar este Reglamento.

El art. 2 a) de la Propuesta define el trabajo forzoso remitiéndonos al Convenio N.º 29 de la OIT buscando un concepto unívoco y asentado:

“Art. 2. *Definiciones.* A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) “trabajo forzoso” o “trabajo forzado”: trabajo forzoso u obligatorio tal como se define en el art. 2 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) de la Organización Internacional del Trabajo, incluido el trabajo forzoso infantil”.

Y siendo ello cierto, también es interesante ver como las Enmiendas 20 a 24 del Proyecto de Informe³⁷, en la línea apuntada por el Dictamen del

³⁵ No es la única norma que va de la mano de esta propuesta, ya que también el Reglamento sobre deforestación ya mencionado, publicado el 9 de junio de 2023, establece obligaciones de diligencia debida para las empresas europeas relacionadas con la deforestación y las materias primas asociadas a estas actividades, aunque como veremos más adelante contiene su propio concepto de diligencia debida.

³⁶ Concretamente me refiero a la intervención de la Pregunta parlamentaria con respuesta oral- O-000018/2022 al Parlamento Europeo realizada por Bernd Lange en nombre de la Comisión de Comercio Internacional, que se puede consultar en <https://bit.ly/43fwUQK>.

³⁷ Que pueden consultarse en <https://bit.ly/3sZtLrK>.

CESE³⁸ proponen dos cambios muy acertados a mi entender. Por un lado, amplían la noción de producto producido por trabajo forzoso a las actividades de “embalaje, transporte o distribución”³⁹ que afecten a los mismos, de manera que se consideraría también producto producido por trabajo forzoso cuando la violación de derechos tuviera lugar durante el embalaje, el transporte o la distribución de estos productos. Quedaría así el concepto de producto realizado con trabajo forzoso art. 2. g) de prosperar la enmienda:

g) “producto realizado con trabajo forzoso”: producto para el que se ha utilizado, total o parcialmente, trabajo forzoso en cualquier fase de su extracción, cosecha, producción, fabricación, embalaje, transporte o distribución, lo que incluye las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con un producto en cualquier fase de su cadena de suministro”.

Nos parece acertada esta ampliación del concepto y cobra sentido en un mercado donde las cadenas de suministro son globales y parte intrínseca de la producción en muchos sectores. El sentir general de atajar el problema de la esclavitud desde todas las vertientes y “distribuir” la responsabilidad entre todos los participantes en el tráfico es ciertamente valiente, aunque plantea grandes interrogantes sobre todo en lo referente al control de estos extremos. El modo en el que se garantizará la trazabilidad de los productos fabricados, transportados, embalados...recurriendo al trabajo forzoso desde la extracción de materias primas hasta la elaboración final plantea más interrogantes que respuestas ya que dependerá de este control la calificación de producto producido con trabajo forzoso y por tanto la prohibición de comercializar estos productos en el mercado de la Unión (art. 3).

El segundo de los cambios que se proponen nos parece de mayor calado, puesto que amplía las definiciones con dos nuevas entradas, las letras b) bis y m) bis:

“b bis) “reparación”: tanto el proceso de reparación de un impacto negativo en los derechos humanos como los resultados sustantivos que pueden contrarrestar o compensar el impacto negativo, como las disculpas, la restitución, la rehabilitación, la compensación financiera o no financiera y las sanciones punitivas, ya sean penales o administrativas, como

³⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Prohibición en el mercado de la Unión de los productos realizados con trabajo forzoso”, Ponente General Thomas Wagsonner COM (2022) 453 Final, DO C 140/13 de 21.4.2023 (en adelante Dictamen Wagsonner), recomendaciones 1.2, 1.4 y 3.1.5 entre otras.

³⁹ Así en las enmiendas 21, 22 y 23, que afectarían a los aps. f), g) y k) del art. 2, que definen respectivamente “producto”, “producto realizado con trabajo forzoso” y “proveedor del producto” donde se añadiría en las definiciones al producto embalado, transportado o distribuido, o a quien embala, transporta o distribuye.

multas, así como la prevención de daños mediante, por ejemplo, medidas cautelares o garantías de no repetición;”

“m bis) “usuario final”: toda persona física o jurídica residente o establecida en la Unión a cuya disposición se ha puesto un producto como consumidor, al margen de cualquier actividad comercial, empresarial, artesanal o profesional, o como usuario final profesional en el transcurso de sus actividades industriales o profesionales;”

Empezando por esta última, introducir el concepto de usuario final/consumidor, tiene dos efectos que nos gustaría destacar. En primer lugar, formar parte del entramado institucional como parte del texto legislativo de manera inequívoca, lo que refuerza la idea de la que hemos hablado antes de consumidor activo; y en segundo lugar, abre la posibilidad para poder iniciar una investigación (preliminar) por infracción de la prohibición de comercialización de productos realizados con trabajo forzoso (art.3), vinculada con la evaluación e investigación que brinda el art. 4.

El conocimiento, seguimiento y recopilación de información sobre el trabajo forzoso que llevan a cabo particulares y organizaciones no gubernamentales es fundamental, sobre todo si se producen en territorios geográficamente lejanos y dispersos porque son quienes están sobre el terreno y tienen acceso a las víctimas en primera persona. Recoger en las definiciones al “usuario final” es reconocer su labor e importancia en la detección, denuncia y control que puede llevar a cabo. Pero también puede leerse como una invitación genérica para que todo usuario final se sienta concernido y parte en la labor de atajar el trabajo forzoso.

La inclusión de un nuevo apartado b bis) tiene si cabe mayor importancia, ya que incide en una de las graves carencias que se habían detectado en la propuesta de Reglamento⁴⁰: la reparación a las víctimas. La inclusión entre las definiciones en las enmiendas de la Propuesta de Informe de la idea de reparación es al menos un comienzo, aunque sin una reforma más ambiciosa del art. 6 (Decisiones de las autoridades competentes) no vemos mayor adelanto. Y ello porque el ap. 4 del art. 6 determina que cuando se tenga constancia de que ha existido una vulneración de la prohibición de productos realizados con trabajo forzoso (art. 3) las autoridades competentes adoptarán una decisión donde se contenga:

“a) la prohibición de introducir o comercializar los productos afectados en el mercado de la Unión y de exportarlos;

⁴⁰ Así, el Dictamen Wagsonner en su ap. 1.2 ya pone de relieve que “la actual propuesta no tiene en cuenta la perspectiva de los trabajadores explotados” ... “la legislación europea se debe plantear una compensación adecuada para las víctimas”.

b) una orden para que los operadores económicos que hayan sido objeto de la investigación retiren del mercado de la Unión los productos en cuestión que ya se hayan introducido en el mercado o comercializado;

c) una orden para que los operadores económicos que hayan sido objeto de la investigación⁴¹:

i) donen los productos afectados a organizaciones benéficas o a organizaciones que benefician al interés público;

ii) reciclen los productos afectados;

iii) si los incisos i) y ii) no son posibles, eliminen los productos afectados de conformidad con el Derecho nacional acorde con el Derecho de la Unión;"

Ninguna referencia a las víctimas del trabajo forzoso de estos productos. Ciertamente el objetivo del Reglamento es regular el control de estos productos, pero si el objetivo se nos pierde de vista (acabar con el trabajo forzoso) podemos acabar como el proverbio chino, mirando el dedo del sabio y no a la luna.

Hemos perdido de vista que se trata de atajar la esclavitud y, por tanto, es la persona (la víctima del trabajo forzoso) quien debe ser el punto focal; pero en el diseño de la norma la hemos dejado fuera de la ecuación. Fundamentalmente, esta normativa debería diseñarse para situar a los trabajadores en el centro y, así proteger los derechos humanos a escala mundial. Decantarse como lo ha hecho el legislador comunitario por la opción de la prohibición o limitación del comercio de estos bienes, no debería ser excluyente de incentivar en la misma norma medidas significativas contra el trabajo forzoso. Y ello pasa obligatoriamente por una norma diseñada para incentivar la provisión de remedios a los trabajadores atrapados en el trabajo forzoso, y para prevenir el potencial de cualquier consecuencia no deseada cuando se utiliza esta herramienta de comercio y mercado para abordar el trabajo forzoso.

Parece oportuno en este momento traer a colación la propuesta pública que desde el *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) lanzaron Irene Pietropaoli, Lise Smit y Julinda Beqiraj de una *Model Regulation to prohibit the import and export of products made or transported with forced labor* (en adelante Ley Modelo)⁴² donde sí se recogía un art.16 que disponía que:

⁴¹ Esta sería la versión de la Propuesta de Informe, que modifica la propuesta original, cuyo art. 6.4º decía literalmente en su apartado c): "una orden para que los operadores económicos que hayan sido objeto de la investigación se deshagan de los productos en cuestión de conformidad con el Derecho nacional acorde con el Derecho de la Unión".

⁴² Accesible en <https://bit.ly/3YOUZfy>.

“Art. 16. *Reparación*. 1. Una vez iniciada una investigación en virtud del Art. 8 por la autoridad competente o la Comisión, también deberá determinar, *en la medida de lo posible mediante el compromiso con las partes interesadas pertinentes, la reparación adecuada, la prevención de futuras reapariciones y las medidas paliativas*.

2. La autoridad competente o la Comisión deben recibir pruebas de la corrección, que deben ir más allá de la información facilitada por las auditorías sociales y los organismos de certificación. Las autoridades competentes o la Comisión darán orientaciones sobre las pruebas adecuadas en cada caso.

3. Las pruebas de las medidas correctoras deben incluir pruebas de uno o más de los siguientes elementos:

a. compensación financiera y no financiera, incluida la compensación basada en la duración y el alcance del trabajo forzoso, y cualquier daño sufrido;

b. restitución a las víctimas, para restablecer su situación antes de que se produjera el trabajo forzoso (por ejemplo, devolución de su pasaporte);

c. rehabilitación (por ejemplo, suministro de tratamiento o asesoramiento);

d. medidas preventivas eficaces y garantías de no repetición del trabajo forzoso; y cuando vaya acompañado de una o más de las medidas anteriores, disculpas.

4. Las autoridades competentes o la Comisión podrán levantar la prohibición de comercialización una vez que el operador económico demuestre que el trabajo forzoso ha sido subsanado y que ya no existe trabajo forzoso y que se han establecido procesos para evitar que los daños continúen o vuelvan a producirse en el futuro.

5. Antes de levantar cualquier prohibición, las autoridades competentes o la Comisión se pondrán en contacto con las partes interesadas pertinentes, incluidas las personas que hayan estado o estén en riesgo de estar sometidas a trabajo forzoso y sus representantes.

6. Los Estados miembros y la Comisión garantizarán que las determinaciones sobre el cese del trabajo forzoso no se produzcan de manera que menoscaben otros derechos fundamentales”⁴³.

Parece más que evidente que esta propuesta supone un excelente espejo en el que mirarse en la senda por la que transitar con la propuesta europea, ya que esta Ley Modelo sí ha tenido en cuenta mecanismos existentes o propuestos tanto por las autoridades comunitarias como por las experiencias de países y normas como la Ley de Prevención del Trabajo Forzoso de los Uigures de Estados Unidos⁴⁴. Si de algo ha de servir la experiencia norteamericana es para entender que las medidas que escojamos, en nuestro caso las prohibiciones de importaciones / exportaciones de estos productos elaborados con trabajo forzoso, deben estar vinculadas a requisitos de reparación *explícitos* dentro de un plan

⁴³ La traducción y las cursivas son nuestras.

⁴⁴ Nos referimos a la *Public Law 117 – 78 – An act to ensure that goods made with forced labor in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of the People's Republic of China do not enter the United States market, and for other purposes*, de 23 de diciembre de 2021, que se puede consultar en <https://bit.ly/46BCVKp>.

verificado más amplio de medidas correctivas a largo plazo para evitar la reaparición del trabajo forzoso.

Sirva de muestra de las dificultades reales en estos temas la experiencia del Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras de Estados Unidos. En julio de 2020 emitió una orden de retención contra dos filiales de la mayor empresa de guantes de goma del mundo (*Top Glove*) situada en Malasia, al sospechar que se estaba recurriendo al trabajo forzoso y detectar pagos a los agentes de empleo malayos por parte de la mayoría de sus trabajadores migrantes (principalmente del sudeste asiático) para conseguir o mantener los empleos⁴⁵. Si bien la empresa acordó el reembolso de estos honorarios a los trabajadores (cerca de 34 millones de dólares para unos 10.000 trabajadores) y una mejora en el alojamiento de estos trabajadores

⁴⁵ De hecho, este caso ya fue objeto de una pregunta en el debate de 9 de junio de 2022 sobre el texto de la propuesta de Reglamento [<https://bit.ly/44cShU4>] cuando acertadamente Bernd Lange señaló que: “En los últimos meses, hemos llevado máscaras y a menudo también guantes, estos hermosos guantes azules desechables. En todo el mundo, el 65% de ellos proceden de Malasia, donde son producidos por empresas que utilizan mano de obra forzada. La gente allí tiene que pagar mucho dinero para conseguir un trabajo y luego se les mantiene en trabajos forzados. Se trata de una situación que, en el fondo, ya no es aceptable. Los productos que nos protegen se fabrican allí a costa de personas que no pueden decidir libremente sobre su trabajo. Por cierto, Estados Unidos también ha prohibido la importación de estos guantes debido al trabajo forzoso [...] Y aquí, naturalmente, pregunto a la Comisión: ¿cuándo vamos a actuar nosotros, como Unión Europea, que defendemos la libertad y la democracia, para remediar esta situación? ¿Cuándo y cómo actuará la Comisión?”. Y en la misma sesión también Daniel Caspary incidió en el asunto y en la postura de la Unión cuando apuntó que “Bernd Lange ha dado algunos ejemplos de trabajo forzoso, y todos recordamos las terribles informaciones e imágenes de las recientes revelaciones sobre la situación en China. Cito de una pregunta oral a la Comisión Europea: “En los Estados Unidos, la importación de productos fabricados por prisioneros está prohibida por ley. En consecuencia, se ha impedido la venta de productos de varias empresas de este tipo en el mercado nacional”. Y a continuación se planteó la pregunta a la Comisión, y cito: “¿Qué medidas piensa adoptar la Comisión para impedir la importación directa e indirecta de tales productos en la UE? ¿A partir de cuándo piensa la Comisión cooperar lo más estrechamente posible con las autoridades de Estados Unidos en relación con la detección de estos productos?”. Esa no es nuestra pregunta de hoy. Es una pregunta que algunos colegas y yo planteamos conjuntamente a la entonces Comisión el 7 de junio de 2010, y el debate tuvo lugar el 23 de septiembre de 2010. En aquel momento, el comisario Füle prometió que se estudiaría la cuestión y que la Comisión presentaría propuestas, y hasta ahora no ha pasado gran cosa. En 2011, el 15 de diciembre, algunos colegas y yo preguntamos al respecto. La respuesta, en aquel momento del Comisario De Gucht, fue: Sí, haremos algo; habrá algún tipo de grupos de trabajo en la Comisión y volveremos al Parlamento. Luego no volvió a pasar nada. El 25 de febrero de 2013, algunos colegas y yo volvimos a hacer un seguimiento. El 18 de abril, una respuesta por escrito. Todos conocemos el resultado: de nuevo, no ha pasado nada en nueve años. Podría seguir y seguir, pero hoy tenemos el tema en el orden del día. Con nuestra resolución, estamos dando a la Comisión una tarea clara. Y ahora que la Presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, ha anunciado que también reconocerá el derecho de iniciativa del Parlamento, sólo puedo decir: por favor, hagan lo que exigimos en el primer párrafo, es decir, exigimos un nuevo instrumento compatible con la OMC para complementar las obligaciones de diligencia debida de las empresas”.

extranjeros, un año después un estudio concluyó que todos los indicadores seguían presentes y prevalecían en la cadena de suministro de guantes médicos de Malasia entre agosto y abril de 2021, y algunos (cuatro de los 11 indicadores) habían empeorado durante ese período⁴⁶.

El impacto positivo de las prohibiciones norteamericanas hasta la fecha, en contraste con la ambigüedad y las lagunas que persisten en su sistema legislativo, dan fe de la importancia de que las prohibiciones de importación se diseñen para impulsar un impacto positivo para los trabajadores, porque de otro modo las inercias mantienen al trabajador forzado en el mismo punto.

Es por ello que una de las deficiencias que debe corregirse en el futuro Reglamento debe ser la inclusión explícita de la reparación a las víctimas del trabajo forzoso. No es el único problema ni la única duda que nos surge, pero sí es la más importante en la medida que recuperaría la esencia del lema *Proteger, respetar y reparar*.

No es la solución definitiva, pero sí es un buen avance en la mejora de un texto que requiere de mucha atención.

¿Qué no debería perder tampoco de vista el legislador comunitario? Por un lado, falta mucho ajuste y estudio en todo lo referente a la creación de una base de datos (art. 11), sobre todo si prosperan las enmiendas 64 a 69 del Proyecto de Informe, ya que en ese caso el art. 11 implicaría que:

“1. La Comisión solicitará asesoramiento externo para proveer una base de datos indicativa, no exhaustiva, verificable y que se actualice periódicamente del riesgo de que exista trabajo forzoso en zonas geográficas específicas o con respecto a productos específicos, también en relación con el trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales.

1 bis) La base de datos se basará en información independiente y verificable, por ejemplo en informes de organizaciones internacionales, en particular de la Organización Internacional del Trabajo, de la sociedad civil y de organizaciones empresariales, interlocutores sociales y en la experiencia adquirida a través de la puesta en ejecución de la legislación de la Unión por la que se establecen requisitos en materia de diligencia debida con respecto al trabajo forzoso.

⁴⁶ Después de que *Top Glove* accediera a reembolsar el dinero a los migrantes, los tres fabricantes principales –*Kossan*, *Hartalega* y *Supermax*– siguieron su ejemplo y anunciaron reembolsos que alcanzaron a más de 20.000 trabajadores con un montante de 12,5 millones de dólares, 9,5 millones de dólares y 5,5 millones de dólares, respectivamente. Vid. sobre este asunto el trabajo de M. Bhutta, B. Bostock, J.A. Brown et al., *Forced Labour in the Malaysian Medical Gloves Supply Chain before and during the COVID-19 Pandemic: Evidence, Scale and Solutions*, July 2021, DOI: 10.13140/RG.2.2.12680.75520.

1 ter) Sobre la base de pruebas fiables, expertos externos pueden identificar productos específicos producidos en zonas geográficas específicas como productos que presentan un alto riesgo de infringir el art. 3.

1 quater) La base de datos incluirá una lista de todas las investigaciones abiertas con arreglo al art. 5, ap. 1.

1 quinquies) La base de datos incluirá una lista de todas las decisiones de las autoridades competentes con arreglo al art. 6 aps. 3, 4 y 6.

1 sexies) La base de datos incluirá una lista de fuentes de información disponibles públicamente que sean pertinentes para la aplicación del presente Reglamento, incluidas las fuentes que faciliten datos desglosados sobre el impacto y las víctimas del trabajo forzoso, como datos desglosados por sexo, que permitan identificar tendencias específicas de género.”

Encomiable la labor, pero difícil de ejecutar, salvo que se colabore activamente con bases ya creadas por otros Estados u organismos. En este sentido, y particularmente en el tema del trabajo forzoso infantil que me preocupa especialmente, valdría la pena imitar el Proyecto ILAB⁴⁷ si se pretende contar con una hoja de ruta que realmente indique dónde y en qué porcentaje queremos reducir y poner fin a todas las formas de trabajo infantil de aquí a 2025. Al margen de la consulta de más detalles concretos del Proyecto ILAB⁴⁸ me interesa destacar dos iniciativas que están llevando a cabo a través de sendas *apps* gratuitas para todos los sistemas operativos: *Comply Chain* y *Sweat&Toil*⁴⁹. Y ello porque esta última de nuevo sitúa al consumidor como un agente clave en la defensa de los derechos, poniendo en la palma de su mano todos los datos disponibles sobre el trabajo infantil, los productos generados y los países involucrados, para que pueda tomar una decisión con la máxima información y transparencia.

Apenas hemos apuntado algunas de las preguntas que nos acechan, y solo apuntaremos otras que nos preocupan, como pueden ser el modo en el que se afrontará la elusión para garantizar que las mercancías no se redirijan hacia países no pertenecientes a la Unión Europea después de que se haya detectado el recurso al trabajo forzoso en la cadena de suministro; o como se garantizarán los recursos suficientes para poder implementar eficazmente la aplicación; cómo se espera que afronten estas obligaciones las PYMES...

⁴⁷ El Proyecto ILAB (*Bureau of International Labor Affairs*) es una iniciativa del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos que se dedica a la erradicación del trabajo esclavo infantil y a la promoción de condiciones laborales justas en todo el mundo a través de 3 pilares fundamentales: investigación y recopilación de datos, políticas y programas, y cooperación internacional. ILAB lleva a cabo estudios con los que se retroalimentan diseñando políticas y programas efectivos que aborden de manera específica los desafíos asociados con esta problemática.

⁴⁸ Para lo que me remito a <https://www.dol.gov/agencies/ilab>.

⁴⁹ Ambas aplicaciones disponibles en <https://www.dol.gov/general/apps/ilab-comply-chain> y <https://www.dol.gov/general/apps/ilab> respectivamente.

Surgen más interrogantes que respuestas, pero también creo que es el momento de hacerse preguntas porque es ahora *cuando todas las posibilidades aún tienen cabida*.

2. Condenados a entenderse: la relación con la propuesta de Directiva de debida diligencia

Me surge una última duda que he planteado al inicio del trabajo, ¿cómo se va a garantizar la armonización con otros instrumentos, particularmente en materia de sostenibilidad de las empresas y la diligencia debida? Ha sido este 1 de junio de 2023, cuando el Parlamento Europeo ha dado a conocer su posición oficial sobre la Directiva de Diligencia Debida sobre la Sostenibilidad Corporativa (en adelante Posición Parlamento debida diligencia)⁵⁰, dándonos nuevos elementos sobre los que seguir trabajando en este texto que se tramita en paralelo y que están irremediamente vinculados.

Me voy a referir solo a algunos detalles que deberían bastar para dar a entender la complejidad que se afronta. Parecería razonable, si no necesario, que el concepto mismo de diligencia debida contara con una misma y sola interpretación en los diferentes textos que se están tramitando. Así, cuando en la propuesta de Reglamento sobre productos realizados con trabajo forzoso (art.4.3º.a)⁵¹ o art. 4.3º.c)⁵² se nos habla de diligencia debida ciertamente se nos remite a los futuros requisitos de la Directiva sobre diligencia debida o a las directrices o recomendaciones de la ONU, la OIT, la OCDE u otras organizaciones internacionales pertinentes.

Sin embargo, este enfoque es diferente al del Reglamento sobre deforestación⁵³, que incluye el requisito de llevar a cabo la diligencia debida (art. 4) *pero* basándose en la diligencia debida especificada en su art. 8:

“Art. 8. *Diligencia debida*.

⁵⁰ *Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, P9_TA(2023)0209, Enmiendas* aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), <https://bit.ly/3CUjYoX>.

⁵¹ Art. 4. Fase preliminar de las investigaciones. 3. a) la legislación aplicable de la Unión o de los Estados miembros por la que se establecen requisitos en materia de diligencia debida y de transparencia con respecto al trabajo forzoso.

⁵² Art. 4.3º. c) las directrices o las recomendaciones en materia de diligencia debida de las Naciones Unidas, la OIT, la OCDE u otras organizaciones internacionales pertinentes;

⁵³ El mencionado Reglamento (UE) 2023/1115, de 9 de junio de 2023 al que ya hemos tenido ocasión de referirnos.

1. Antes de introducir en el mercado productos pertinentes o antes de exportarlos, los operadores ejercerán la diligencia debida con respecto a todos los productos pertinentes suministrados por cada proveedor.

2. La diligencia debida incluirá lo siguiente:

- a) la recopilación de la información, los datos y los documentos necesarios para cumplir los requisitos del art. 9;
- b) las medidas de evaluación del riesgo contempladas en el art. 10;
- c) las medidas de reducción del riesgo contempladas en el art. 11.”

Y ello a pesar de que el objetivo sea el mismo en ambos textos: prohibir en el mercado de la UE los productos que no cumplan determinadas normas.

De acuerdo con las Enmiendas 134 a 138 del texto Posición Parlamento diligencia debida, en el art. 4 de la futura Directiva se establece que se ejercerá la diligencia debida a través de las siguientes acciones:

- “a) integración de la diligencia debida en sus políticas, de conformidad con el art. 5;
- b) detección de los efectos adversos reales o potenciales, de conformidad con el art. 6;
- c) prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance, de conformidad con los arts. 7 y 8;
- c bis) cuando sea necesario, detección y priorización de los efectos adversos reales o potenciales, de conformidad con el art. 8 ter;
- c ter) reparación de los efectos adversos reales, de conformidad con el art. 8 quater;
- d) establecimiento de un mecanismo de notificación y de reclamación extrajudicial, o participación en dicho mecanismo, de conformidad con el art. 9;
- e) supervisión y comprobación de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida, de conformidad con el art. 10;
- f) organización de una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida, de conformidad con el art. 11.
- f bis) consulta y colaboraciones significativas con las partes interesadas afectadas, de conformidad con el art. 8 quinquies.”

Todavía más, cuando la Enmienda 140 añade un nuevo art. 4 bis) sobre la diligencia debida a nivel de grupo⁵⁴.

⁵⁴ 1. Los Estados miembros velarán por que las sociedades matriz puedan llevar a cabo acciones que puedan contribuir a que sus filiales comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva cumplan sus obligaciones establecidas en los arts. 5 a 11 y en el art. 15. Esto se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil de las filiales de conformidad con el art. 22.

2. La sociedad matriz podrá llevar a cabo acciones que contribuyan al cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la filial de conformidad con el ap. 1, debiéndose cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que la filial facilite toda la información pertinente y necesaria a su sociedad matriz y coopere con ella;

No creo necesario entrar a valorar los matices de ambos modos de aproximarse al concepto que se usa para determinar la diligencia debida ya que lo que me interesa es resaltar que no contar con un criterio único, un texto uniforme, es en sí mismo un contrasentido y una dificultad añadida a la ya compleja situación legal que nos deparan normas que han sido diseñadas en teoría para estar coordinadas entre sí.

Aunque las enmiendas del Parlamento Europeo a la propuesta de la Comisión Europea sobre la diligencia debida obligatoria mejoran la propuesta original de la Comisión debemos seguir exigiendo mejoras para cubrir algunas lagunas que suscitan gran preocupación en cuanto a la capacidad del texto legal final para responsabilizar a las empresas del trabajo forzoso. Porque lo que está claro es que cada revisión, cada nueva propuesta demuestra un avance en la defensa de los derechos humanos, y aunque el trabajo sea ingente y los intereses divergentes, se está demostrando que con voluntad política se consiguen avances legislativos importantes. La vida de más de 50 millones de personas⁵⁵ depende de esto y si atendemos a las previsiones, se augura un crecimiento de las cifras globales de esclavitud si atendemos al informe realizado para *Save the Children*⁵⁶.

IV. CONCLUSIONES

Pocas respuestas y muchos interrogantes son las principales conclusiones que puedo ofrecer. En este momento todo es posible porque la

-
- b) que la filial se atenga a la política de diligencia debida de su sociedad matriz;
 - c) que la sociedad matriz adapte su política de diligencia debida de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 5, ap. 1, con respecto a la filial;
 - d) que la filial integre la diligencia debida en todas sus políticas y en todos sus sistemas de gestión del riesgo, de conformidad con el art. 5;
 - e) que, en caso necesario, la filial siga adoptando medidas adecuadas de conformidad con los arts. 7 y 8 y siga cumpliendo sus obligaciones en virtud de los arts. 8 bis, 8 ter y 8 quinquies;
 - f) cuando la sociedad matriz lleve a cabo acciones específicas en nombre de la filial, que tanto la sociedad matriz como la filial lo comuniquen de forma clara y transparente a las partes interesadas pertinentes y al dominio público;
 - g) que la filial integre el clima en sus políticas y en sus sistemas de gestión del riesgo, de conformidad con el art. 15.

⁵⁵ Nos referimos a las cifras estimadas de personas sometidas a esclavitud moderna según el informe de OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, publicado en septiembre de 2022. Se puede consultar el Informe ejecutivo (<http://bit.ly/3ApPJoQ>) o el Informe definitivo (<http://bit.ly/3ElxguW>).

⁵⁶ El informe de E. Heimsoth y G. Szabo, *Global Girlhood Report 2022: Girls on the frontline*, 2022, accesible en <http://bit.ly/3i0IQ6W>, prevé un crecimiento de los matrimonios infantiles para 2030. En la medida que los matrimonios infantiles son parte de la definición de esclavitud moderna, las cifras no harán sino crecer a poco que se cumplan las previsiones.

tramitación está en la mesa y son susceptibles de mejoras tanto la propuesta de Reglamento de productos realizados con trabajo forzoso como la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. La implementación exitosa de ambos requiere un enfoque integral y la participación activa de todas las partes interesadas, incluyendo gobiernos, empresas, organizaciones de la sociedad civil y consumidores. ¿Dónde sería conveniente centrar la atención?

Habrá que escuchar a las empresas⁵⁷, a sus necesidades, ya que pueden necesitar capacitación y asistencia técnica para implementar adecuadamente los textos que estamos tramitando. Si hacemos recaer sobre ellas la responsabilidad de controlar la vulneración de derechos humanos, deberíamos ser capaces de incluir orientación sobre cómo realizar una diligencia debida efectiva, o de desarrollar políticas y prácticas sostenibles para garantizar que sus cadenas de suministro estén libres de trabajo forzoso. Organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y otras entidades relevantes pueden brindar este tipo de apoyo, tanto en la elaboración de estas indicaciones como durante la aplicación de la misma.

Pero las empresas no van a ser las únicas que han de activarse. El cumplimiento de estos textos incluirá previsiblemente la creación de autoridades reguladoras o la asignación de funciones específicas a organismos existentes para hacer frente a las denuncias, las investigaciones y la aplicación de las sanciones en caso de incumplimiento para garantizar el cumplimiento de las normas. A su vez, será también imprescindible la cooperación entre países y la colaboración con organizaciones internacionales, que implicará intercambiar información, compartir mejores prácticas y coordinar esfuerzos para abordar el trabajo forzoso y promover prácticas sostenibles en las cadenas de suministro globales.

Tendrá que pensarse en cómo establecer mecanismos de evaluación y seguimiento para medir el impacto de los textos que se aprueben y realizar ajustes si fuera necesario...

No es imposible, aunque de nuevo quiero recordar que estamos *sin margen y en el descuento* para alcanzar estos objetivos en 2025. Y lamentablemente hay que reconocer que la implementación que pretendemos puede llevar tiempo y requerir ajustes a medida que se identifiquen desafíos y se obtengan nuevas experiencias y aprendizajes.

Lo importante, al menos, es que hemos iniciado la andadura, y solo con eso, ya hemos llegado más lejos de lo que habíamos llegado nunca.

⁵⁷ Incluyo tanto a las grandes corporaciones como sobre todo a las pequeñas y medianas empresas.

BIBLIOGRAFÍA

- Baglayan, B., Landau, I., McVey, M., Wodajo, K.: *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights*, December 20, 2018, accesible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3304959>.
- Bhutta, M., Bostock, B., Brown, J.A., Day, E., Hughes, A., Hurst, R., Trautrim A., Trueba, M., *Forced Labour in the Malaysian Medical Gloves Supply Chain before and during the COVID-19 Pandemic: Evidence, Scale and Solutions*, July 2021, DOI: 10.13140/RG.2.2.12680.75520.
- Cordovil Barbosa, J.L., Henriques Fonseca, L., Mascarenhas Simões Bentes, N., “Trabalho análogo a escravidão e a análise do caso “trabalhadores da fazenda brasil verde vs brasil”, *Revista Jurídica Do Cesupa*, Edição Especial 2023, pp. 174–197.
- Corrêa Da Silva, W., “La interseccionalidad en la trata de seres humanos: un encuentro necesario para el enfoque de derechos humanos”, N. Cordero Ramos, P. Cruz Zúñiga (Eds.), *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 37–65.
- 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*, N.º 79, 2022, pp. 473–497.
- De Rojas, R., “Los consumidores son el nuevo jefe”, *El País*, 10 diciembre de 2018, recuperado en <https://bit.ly/3PBp3dh>.
- Echeverría-Ríos, O. M.^a, Abrego-Almazán, D., Medina-Quintero, J.M., “La responsabilidad social empresarial en la imagen de marca afectiva y reputación”, *Innovar*, vol. 28, n.º. 69, 2018, pp. 133–147.
- Fanjul, E., *Derechos humanos y debida diligencia en las cadenas globales de suministro*, Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales N.ºero 124/2022, accesible en <https://bit.ly/3CTYNmM>.
- Fernández Liesa, C.R., “La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, N.º 2, 2022, pp. 427–455, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7190>.
- Galimberti Díaz Faes, S., *Debida diligencia en derechos humanos: en camino hacia la legalización*, Universidad San Pablo-CEU, CEU ediciones, 2023.
- García Sedano, T., “Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 22, 2022, pp. 210–229.
- Heimsoth, E., Szabo, G., *Global Girlhood Report 2022: Girls on the frontline*, 2022, accesible en <http://bit.ly/3i0IQ6W>.
- Huerta Viesca, M.^a I., “Nueva diligencia empresarial en la Unión Europea frente a la deforestación mundial”, *Diario La Ley*, n.º 10313, de 22 de junio de 2023.
- Magallón Elósegui, N., “El Derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de Derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º Extra 16, 2022.

- Márquez Carrasco, M.^a C., “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 605–642, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7198>.
- Martínez Escareño, I. M., Casillas Racurello, M.^a F., Núñez Alfaro, C. M., González Galindo, A. D., Aguilera Valdez, A. E., Portales, L., “Influencia del marketing social y prácticas de RSE en la intención de compra de los millennials”, *Universidad & Empresa*, vol. 20, n.º 35, 2018, pp. 251–280.
- Martin-Ortega, O., “Europa se enfrenta (por fin) al reto de los minerales conflictivos: el reglamento 2017/821”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 45, 2018, pp. 277–298, p. 283.
- Mercadé Melé, P., Molinillo Jiménez, S., Fernández Morales, A., “Influencia de las prácticas de responsabilidad social corporativa en la actitud del consumidor: análisis comparado de Mercadona, Carrefour y Eroski”, *Revista de Empresa Familiar*, vol. 4, n.º 1, 2014, pp. 73–88.
- Mestre i Mestre, R.M., “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, N.º 4, 2020, pp. 208–226, DOI: <https://doi.org/10.46661/relies.5187>.
- OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 2022. Informe ejecutivo (<http://bit.ly/3ApPJoQ>). Informe definitivo (<http://bit.ly/3ElxguW>).
- Organización Mundial del Trabajo (OIT), Walk Free, y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Geneva, 2022, accesible en <https://bit.ly/3ElxguW>.
- Osgood, D., “Shop Like You Mean It: Why Ethical Fashion Matters”, *Huffpost*, 18 de febrero de 2016, recuperado en <https://bit.ly/44vBw6z>.
- Palao Moreno, P.: “Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al Derecho internacional privado”, en N. Reguart Segarra (Coord.); M.Ch. Marullo, L. Sales Pallarés, F.J. Zamora Cabot (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Ed. Colex, 2023, pp. 45–66.
- Pascual-Vives, F., Jiménez-Piernas García, A., *Debida diligencia corporativa en materia de derechos humanos y sostenibilidad: ¿riesgos u oportunidades?*, Universidad San Pablo-CEU, CEU ediciones, 2023.
- Pomares Cintas, E., “¿Naufraga el Protocolo de Palermo ante la necesidad de erradicar las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano?”, J.A. Rodríguez Vásquez (Coord.), *V Congreso Jurídico Internacional Sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, Veinte años después del Protocolo de Palermo Tomo II*, OIT, Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos, Lima, 2023, pp. 13–40, p. 25.
- Id.*, “¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 42, 2022, pp. 1–36.
- Recalde Castells, A.J., “La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre “diligencia debida” –*due diligence*– en materia de sostenibilidad)”, M.^a

- J. Peñas Moyano (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, Ed. Universidad de Valladolid, 2023, pp. 691–708.
- Rivas Vallejo, P., “Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género”, en P. Mercado Pacheco, M.ª I Ramos Tapia, (coords.); E. Pérez Alonso, S. Olarte Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 39–90.
- Sales Pallarés, L., Marullo, M. C., “La diligencia debida y el cambio de paradigma en la protección del consumidor frente la información no financiera”, *Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, vol. 6, nº. 1, 2022, pp. 9 ss., accesible en <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/37803>.
- Salmón Gárate, E., “El sistema interamericano de derechos humanos y las formas contemporáneas de esclavitud. Análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, en P. Mercado Pacheco, M.ª I Ramos Tapia (coords.); E. Pérez Alonso, S. Olarte Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 157–190.
- Trujillo Del Arco, A., “El asunto Chowdury y otros c. Grecia: nuevos avances bajo el art. 4 del CEDH en el combate contra la trata de personas y la explotación”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 45, 2018, pp. 232–251.

Notas

Rechazo del reenvío que, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 650/2012, efectúa la normativa conflictual del Estado de la nacionalidad del causante a cuya legislación éste había sometido su sucesión

Josep Maria FONTANELLAS MORELL *

SUMARIO. I. Hechos. II. Marco regulatorio. III. Ley aplicable. IV. Excurso. V. *Professio iuris*. VI. Reenvío. VII. Valoración final.

I. HECHOS

Según se desprende del texto de SAP Málaga 4ª 3 mayo 2023, en el caso se dirige la sucesión de un ciudadano canadiense que fallece el 17 de agosto de 2017, en Dubai (Emiratos Árabes), habiendo tenido su última residencia habitual en Torremolinos (Málaga, España). El litigio se centra en la transmisión *mortis causa* de un inmueble sito en Torremolinos, dando la resolución por bueno que la tramitación de la sucesión de los bienes raíces que el *de cuius* poseyera fuera de España pueda corresponder a las autoridades extranjeras del lugar de situación, sin que el fraccionamiento hereditario resultante de tal situación pudiera ser solucionado por los tribunales españoles. Se trata de una sucesión testada, ya que el difunto había otorgado, el 24 de enero de 2011, en Torremolinos, un testamento en el que, tras afirmar que tenía tres hijos de un matrimonio previo, disponía de sus bienes en España solamente a favor de uno de ellos (al que, en caso de premoriencia y conmoriencia, sustituían sus hermanos por partes iguales); a la vez que declaraba expresamente subsistentes sus disposiciones de última voluntad otorgadas fuera de España concernientes a bienes emplazados en el extranjero. La disposición tercera del testamento español establecía que “[m]anifiesta el testador que esta disposición de última voluntad es conforme a su ley personal y que no perjudica derechos legítimos de otra índole que pudiera ostentar cualquier persona en su herencia. En el caso de que la Ley que ordene su sucesión imponga derechos a favor de sus hijos, el testador les reconoce estos derechos legítimos”.

* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universitat de Lleida.

Al abrirse la sucesión y constatar dos de los hijos que no eran beneficiarios de la herencia de su padre, interponen una demanda en la que, a título principal, interesan que se declare la nulidad del testamento (por falta de institución de heredero, por ausencia de distribución total de la herencia al referirse exclusivamente a los bienes radicados en España, por omisión del segundo matrimonio, por institución de legado sólo a favor de una de sus hijas y por errónea manifestación de conocer el idioma español lo que le impidió formarse un juicio para el otorgamiento), y, a título subsidiario, que se declare la existencia de una preterición bien no intencional bien intencional de los legitimarios. En Sentencia de 24 de mayo de 2021, el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Torremolinos accede únicamente a la última de dichas peticiones –que había existido una preterición intencional y, en consecuencia, debía reducirse el legado atribuido a uno de los hermanos en la parte que perjudicase la legítima de los otros dos–, cuyo tenor constituye el contenido del fallo apelado por el demandado ante la Audiencia Provincial de Málaga, la cual, en su decisión de 3 de mayo de 2023, revoca el veredicto de instancia –fundado en el art. 814 del Código civil español–, pues, habiendo elegido válidamente el causante su ley nacional para regir la sucesión, debía someterse la misma a la legislación de Canadá, con arreglo a la cual el testador tiene libertad de disposición.

II. MARCO REGULATORIO

En todo el asunto, late la pluralidad de normativas existentes en el DIPr español en lo tocante al derecho aplicable a las sucesiones *mortis causa* de carácter transfronterizo: por un lado, la de fuente estatal o autónoma (el Código civil) y, por otro lado, la de procedencia europea (el Reglamento 650/2012). Sin embargo, esta aparente duplicidad de regulaciones no es tal en la práctica, porque, en verdad, de lo que se trata es de un problema de sucesión en el tiempo de normas de conflicto, cuya solución suele hallarse en las previsiones del sistema conflictual del foro, que, por regla general –sobre todo, cuando median instrumentos internacionales–, incorpora disposiciones transitorias. Así acontece en nuestro supuesto, dado que, para delimitar la aplicación en el tiempo de las normas del Código civil (Cc) y las del Reglamento Sucesorio (RS), debe acudir al art. 83.1º de este último, que precisa que “[l]as disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha”. De ahí que no pueda albergarse ninguna duda respecto de la aplicabilidad del Reglamento 650/2012 a la sucesión *mortis causa* de una persona fallecida en 2017, por mucho que hubiera otorgado sus

disposiciones de última voluntad el 24 de enero de 2011, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor –y en aplicación– del instrumento. Así lo entiende, correctamente, la Audiencia, pero no –o no por entero– el Juez *a quo*, porque acaba acatando las reglas –conflictuales y materiales– del Código civil.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa concurre una circunstancia añadida, cual es la presencia en el testamento de una *professio iuris*, esto es, una declaración de voluntad mediante la cual el *de cuius* designa la legislación que desea que gobierne la transmisión por causa de muerte de los bienes de su propiedad situados en España. En una hipótesis como la recién descrita, hay que recurrir al art. 83.2º RS, que establece que, “[c]uando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 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 posea”. Por tanto, de darse los requisitos a los que alude el precepto, el Reglamento de Sucesiones es el aplicable no sólo a la sucesión hereditaria de un causante fallecido con posterioridad al 17 de agosto de 2015, sino también a la validez de la elección de ley por él verificada antes de dicha fecha.

III. LEY APLICABLE

De lo que antecede se infiere que, en el litigio sucesorio dirimido ante la Audiencia Provincial de Málaga, la normativa conflictual pertinente no podía ser otra que la recogida en el Reglamento 650/2012. De conformidad con ella, la ley aplicable a una sucesión *mortis causa* con elemento extranjero es la del Estado en el que el causante tenía la residencia habitual en el momento de su defunción (art. 21.1º RS), excepto que, del conjunto de circunstancias del supuesto, resulte claramente que el *de cuius* mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un país distinto de aquél en donde residía, en cuyo caso la ley de este otro Estado será, de forma excepcional, la aplicable (art. 21.2º RS).

El esquema de soluciones objetivas acabado de explicar puede, no obstante, verse alterado por la intervención de la voluntad del difunto, ya que si éste ha optado –expresa o tácitamente– por subordinar su sucesión a la ley del Estado –o de uno de los Estados– cuya nacionalidad posea –bien en el momento de efectuar la elección, bien al tiempo de su muerte– esta ley –la nacional o la de una de sus nacionalidades– será la que regule

la transmisión *mortis causa* de su patrimonio (art. 22 RS). En otras palabras, si el causante ha realizado una *professio iuris*, como reconoce la Audiencia Provincial de Málaga para el caso que nos incumbe, la legislación designada mediante esta declaración de voluntad deviene la encargada de fijar, con carácter general, el régimen de la sucesión.

IV. EXCURSO

Las características peculiares de la cláusula testamentaria que incluye la elección de ley (“[m]anifiesta el testador que esta disposición de última voluntad es conforme a su ley personal y que no perjudica derechos legítimos de otra índole que pudiera ostentar cualquier persona en su herencia. En el caso de que la Ley que ordene su sucesión imponga derechos a favor de sus hijos, el testador les reconoce estos derechos legítimos”), podrían dar lugar a pensar que, en ella, el causante no ha llegado a realizar una *professio iuris*. Ciertamente, la declaración del *de cuius* no tiene la claridad y falta de ambigüedad que hoy podría requerirse¹. Sin embargo, frente a una apreciación en este sentido, cabría aducir que el testamento es de 2011, cuando el instrumento comunitario no había sido siquiera aprobado –de ahí que se hable aún de la ley personal y no de la ley de la nacionalidad poseída–, que se otorgó ante un notario español –profesional nada familiarizado con la elección de la ley sucesoria, que, por entonces, no estaba admitida en nuestro DIPr–, y que, para salvar posibles reclamaciones por preterición, contiene, seguramente por recomendación del fedatario, referencias a la preservación de los derechos legítimos de los hijos. La misma atribución a una práctica notarial estandarizada puede hacerse respecto de la sustitución vulgar que incorpora la disposición de última voluntad, pues se trata de una figura típica de los negocios *mortis causa* españoles –ajena, en idénticos términos, a otras culturas jurídicas–, cuya presencia demuestra, una vez más, que estos testamentos otorgados por ciudadanos extranjeros residentes en el levante y el sur de nuestro país “podría[n] pasar fácilmente por ... testamento[s] de Derecho común”². En suma, con una fórmula quizás poco ortodoxa, fruto de la época y de las

¹ Así, A. Bonomi, “Artículo 22. Elección de la ley aplicable”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, traducción y adaptación al Derecho español a cargo de S. Álvarez González et al., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 274), pone el siguiente ejemplo: “Art. X.– Designación de la ley aplicable.– En aplicación de las disposiciones del Reglamento (Unión europea) nº 650/2012, y especialmente del artículo 22, el testador declara querer someter su sucesión a la ley... (ley del Estado de su nacionalidad) ...”.

² S. Álvarez González, “Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de enero de 2015”, *REDI*, 67, 2015-2, p. 237.

circunstancias de su otorgamiento, la cláusula de elección de ley responde a su propósito esencial de poner explícitamente de manifiesto la voluntad del disponente de sujetar su sucesión a la legislación de su patria.

Por otra parte, podría sostenerse, igualmente, que la regla de Derecho transitorio más adecuada para resolver la controversia no es el art. 83.2º RS, sino el art. 83.4 RS [“Si una disposición mortis causa se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión”]. Es cierto que el recurso a este precepto haría innecesario cualquier análisis de la cláusula testamentaria en cuestión, como si ésta no existiera, porque se trata de “un mecanismo de elección presunta de ley” que, fundamentalmente, “obliga a comprobar que la ley que el causante habría podido seleccionar habría permitido la disposición por causa de muerte”³. Ahora bien, en el supuesto objeto de nuestro análisis, hay una cláusula real, con un contenido determinado que no puede obviarse. Además, la doctrina ha señalado que, para que dicha norma sea operativa, es preciso que “la disposición ha[ya] sido redactada conforme al ordenamiento que el causante habría podido elegir en virtud del Reglamento”⁴ y, como se ha tenido ocasión de constatar más arriba, en el testamento otorgado por el causante ante notario español se incluyen rasgos propios de nuestro Derecho que poco tienen que ver con cualquiera de las legislaciones vigentes en Canadá y que hacen difícil basarse, sin más, en el art. 83.4º RS para inferir que la disposición de última voluntad debe regirse por la ley de la nacionalidad del *de cuius*.

V. *PROFESSIO IURIS*

Pese a lo comentado en los apartados precedentes, para que, conforme al Reglamento 650/2012, la voluntad del *de cuius* asuma la función de conexión preferente en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria, es indispensable que la profesión de derecho cumpla los requisitos que, para este tipo de acto jurídico, exige el art. 22 RS, y que, principalmente, son que comprenda el conjunto de la sucesión, que apele a la ley nacional del profesante, que formalmente figure de manera expresa en una disposición por causa de muerte o resulte claramente de ella y que, acerca del fondo, sea válida con arreglo de la *lex electa*.

³ P. Wautelet, “Artículo 83. Disposiciones transitorias”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 738.

⁴ P. Wautelet, *ibid.*

La necesidad de estos requisitos se proyecta, *ex art.* 83.2º RS, al caso de autos por lo que la elección de la ley considerada debería haberlos respetado. Sorprendentemente, la Audiencia les presta poca atención y, además, no demasiado rigurosa. Primeramente, en ningún momento el tribunal *ad quem* se interroga sobre el objeto de la elección hecha por el causante y eso que contraviene la dicción del art. 22.1º RS, cuando éste especifica con total nitidez que “[c]ualquier persona podrá designar como la ley que haya de regir *su sucesión en su conjunto* la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento” [las itálicas son nuestras y tienen en cuenta la rectificación del texto del precepto publicada en el DO nº 243, de 23.9.2019, p. 9]. La designación que, en nuestro supuesto, hace el testador de la legislación canadiense *sólo* para reglamentar la sucesión de sus bienes emplazados en España contraviene manifiestamente el tenor del art. 22.1º RS, por lo que, de acuerdo con la doctrina más prestigiosa, “es inválida y no puede producir efectos”⁵, lo que deja el camino expedito para aplicar a la herencia la ley de la postrera residencia habitual del *de cuius*, según el art. 21.1º RS.

En este punto del comentario, es menester señalar las diferencias que presenta el asunto que nos ocupa con relación a otros, suscitados con anterioridad ante autoridades españolas, en los que se debatía la validez, en nuestro país, de testamentos “parciales” o *simpliciter* otorgados por ciudadanos británicos ante notario español. Estos testamentos, que se caracterizan por circunscribirse a los bienes –inmuebles– del causante enclavados en España, ha sido objeto de valoración por la antigua DGRN (actual DGFPJ), la cual, en tres Resoluciones de 15 de junio y 28 de julio de 2016, ha afirmado que “[c]onforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante ... por lo que estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015” (BOE, 2016, pp. 51285, 67690 y 67705). Esta opinión de la jurisprudencia registral –que, desde entonces, no ha sufrido variaciones–, ha sido criticada con razón por la doctrina, que le reprocha la confusión que realiza entre el ámbito de aplicación de la ley sucesoria y el ámbito material de la disposición testamentaria⁶, se colige que esta “modalidad testamentaria territorialmente limitada” no puede *por sí sola* conculcar el

⁵ A. Bonomi, “Art. 22. Elección de la ley aplicable”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 270.

⁶ A. Ybarra Bores, “La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, 4 (2016-2), p. 18; *id.* en todas sus publicaciones posteriores sobre el tema], pues, si se asume que “unidad sucesoria no equivale a unidad de título” [I. Espiñeira Soto, “El testamento *simpliciter*”, *Revista de Derecho Civil*, IV (2017-4), p. 292.

principio de unidad regulatoria de la sucesión –porque la *lex hereditatis* seguirá siendo precisada, para la totalidad de los bienes relictos, por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012, sin que el testamento parcial introduzca en dicho régimen escisión alguna, al no presuponer la aplicación del Derecho español–, ni atentar contra una pretendida unidad del título sucesorio –dogma inexistente en España, en donde el Derecho civil patrio conoce diferentes maneras de “dividir” las atribuciones *mortis causa*–⁷. A la vista de lo recién antedicho, es evidente que, en el litigio zanjado por la Audiencia de Málaga, no se está solamente ante un testamento *simpliciter*, porque, en la presente ocasión, la declaración de voluntad del disponente tiene un *alcance conflictual* al supeditar una parte de la herencia –la relativa al caudal relicto situado en territorio español– a la ley española atentando, de este modo, contra la unidad de la normativa aplicable a la sucesión, que es una de las “ideas fuerza” que vertebra el Reglamento 650/2012⁸. Es cierto que el propio instrumento contempla varias quiebras de este principio (sin ir más lejos, la originada por el reenvío, que se trata en el apartado número 6), *pero no ésta*.

En segundo lugar, las restantes condiciones reclamadas por el art. 22 RS para la validez y eficacia de una profesión de ley –en favor de la ley nacional, contenida en una disposición por causa de muerte y sustancialmente conforme a la ley elegida–, las damos todas por cumplidas, pero queremos dedicar unas líneas a la segunda de ellas: la forma de la *professio iuris*. En consonancia con el art. 22.2º RS, “[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”, de lo que resulta que la designación de la ley sucesoria puede verificarse expresa o tácitamente. Como es lógico, el precepto no entra en pormenores acerca de cuál tiene que ser el tenor de la declaración *expressis verbis* de selección de la *lex hereditatis*, lo cual, en ciertas situaciones, pueda dar pie a problemas exegéticos⁹, que deberán resolverse sobre la base de que lo único verdaderamente exigible a la declaración del profesante es que la misma se refiera de manera específica a la ley aplicable a la sucesión, bastando con que quede claramente explicitada su voluntad de que la sucesión *mortis causa* de su patrimonio sea regida por la ley del Estado de su nacionalidad, sin necesidad de mencionar

⁷ R. Cabanas Trejo y L. Ballester Azpitarte, “¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, nº 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 5-7.

⁸ A. Bonomi, “Introducción”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 50.

⁹ Sobre la cuestión, *vid.* J. M. Fontanellas Morell, “La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *REDI*, LXIII, 2011-2, pp. 123-144, en particular, pp. 139-140.

el art. 22 RS o cualquier otra disposición del instrumento¹⁰. Estando así las cosas, causa extrañeza que la Audiencia Provincial de Málaga estime (repitiéndolo tres veces), que, en el testamento que recoge sus últimas voluntades, el *de cuius* había realizado una designación *tácita* de la legislación aplicable a su sucesión cuando de la simple lectura de la cláusula testamentaria que contiene dicha declaración [“Manifiesta el testador que esta disposición de última voluntad es conforme a su ley personal ...”] se desprende que la *professio iuris* es *expressis verbis*. Como pusiera de relieve el profesor de Castro hace largo tiempo, en las “llamadas declaraciones tácitas de voluntad (...), la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que, de tal conducta, se infiere que debió haber tal voluntad (...). Se las ha calificado de tácitas, porque resultan no de los dichos, sino de los hechos (*facta concludentia*)”. Un testador que dice disponer –y lo hace– de acuerdo con su ley personal (esto es, su ley nacional *ex art. 9.1º Cc*) está exteriorizando una declaración expresa de voluntad, que no precisa de conjeturas ni de reglas presuntivas de hecho para ser conocida por quien corresponda¹¹.

VI. REENVÍO

Una de las grandes sorpresas del Reglamento de Sucesiones fue la inclusión en su redactado definitivo del reenvío, en contraste con el rechazo de la figura por parte de los restantes instrumentos europeos de DIPr – anteriores y posteriores–. Es probable que, además de las razones ordinariamente invocadas en su defensa –amplia difusión en el DIPr sucesorio comparado, favorecimiento de la armonía internacional de soluciones, aplicación más frecuente del derecho del foro con la correlativa disminución del riesgo de recurrir a la excepción de orden público¹²– la influencia del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte haya tenido un peso significativo en la introducción del reenvío en el texto europeo, ya que está bien cimentada la convicción de que, en el dominio del Derecho aplicable, el Reglamento se nutre directamente del Convenio¹³. Con todo, aunque compartan inequívocamente un aire de familia, el art. 34 RS discrepa del art. 4 CLH89 en varios aspectos, de los cuales dos adquieren, ahora, una singular

¹⁰ A. Bonomi, “Art. 22. Elección de la ley aplicable”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 274.

¹¹ F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 67.

¹² A. Bonomi, “Artículo 34. Reenvío”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, pp. 436-437

¹³ Por todos, P. Lagarde, “Présentation du règlement sur les successions”, en G. Khairallah/M. Revillard (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, París, 2013, p. 11.

relevancia: por un lado, a diferencia del precepto convencional, que solamente admite el reenvío de segundo grado, el texto del Reglamento posibilita el de retorno; por otro lado y según el art. 34.2º RS, nunca puede operar el reenvío cuando la legislación aplicable a la sucesión sea determinada por el causante por conducto de una *professio iuris*.

VII. VALORACIÓN FINAL

Llegados a este punto es cuando se revela con nitidez la falta de rigor de las soluciones brindadas por los órganos judiciales implicados en el supuesto que nos concierne. En efecto, tanto el Juez de Primera Instancia – que acepta el reenvío de primer grado amparándose rocambolescamente en las disposiciones del Código civil– como la Audiencia Provincial que lo rechaza –con una argumentación ininteligible– desconocen que, mediando una elección –expresa o tácita– de la ley sucesoria (art. 22 RS), el reenvío nunca puede entrar en liza (art. 34.2º RS); por lo que, de haberse verificado una *professio iuris* válida, debería haberse observado el derecho designado por el causante, es decir, el de Canadá, la individualización del cual, al tratarse de un ordenamiento plurilegislativo, hubiera requerido la intervención del art. 36 RS, previsto para las remisiones a Estados con más de un sistema jurídico de base territorial. Sin embargo, al final, todo resulta más sencillo –o, si se quiere, más complejo–: al haber realizado el testador una elección de la ley sucesoria limitada exclusivamente a la parte de su patrimonio localizada en España, la designación parcial de ley contraviene el art. 22.1º RS –y, de modo aún más general, la filosofía del Reglamento–, careciendo, por tanto, de validez y no pudiendo surtir ningún tipo de efecto; de ahí que, a nuestro juicio, la solución correcta consistía en recurrir a la conexión objetiva de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 21.1º RS), para proceder a aplicar el Derecho español, tarea que, dada la naturaleza plurilegislativa de nuestro ordenamiento jurídico, obligaba, nuevamente, a manejarse con el art. 36 RS y a enfrentarse al conocido problema del encaje de la citada disposición europea en la regulación española de los conflictos internos. No obstante, el intenso debate suscitado en torno a esta cuestión carecía, en nuestro caso, de cualquier trascendencia de cara al resultado material de la controversia, puesto que, [tanto si se sufraga la postura mayoritaria¹⁴ conforme a la cual, cuando las normas de conflicto del Reglamento 650/2012 remiten al

¹⁴ Vid., por todos, S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, *RDC*, II, 2015-4, pp. 16-17

Derecho español para la sucesión de un ciudadano extranjero –falso, como es obvio, de vecindad civil–, debe acudir a las soluciones defectivas del art. 36.2º RS –en el supuesto objeto de estudio, el art. 36.2º.a), que conduce a la legislación de la unidad territorial correspondiente a la última residencia habitual del causante–; como si se es partidario de la opción alternativa¹⁵, favorable a que, tratándose de un *de cuius* extranjero cuya sucesión el instrumento supedita a nuestro Derecho, se sustancie la misma –no según la ley de su inexistente vecindad civil, sino– con arreglo a otra legislación española –en especial, la propia de su lugar habitual de residencia–, deducida a través de los mecanismos de autointegración de que dispone el sistema español de DIPr], a la postre, hubiera sido de aplicación el Código civil español que, en asuntos como el de autos, rechaza la preterición intencional de los herederos forzosos.

¹⁵ A. Font i Segura, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en I. Calvo Vidal, coord., *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, Consejo General del Notariado*, Madrid, 2014, pp. 114-115.

Sistemas plurilegislativos y aplicación del Reglamento europeo de sucesiones. A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022: una visión desde Portugal

Helena MOTA *

SUMARIO: I. La Res. DGSJyFP de 20 de enero de 2022: el problema, los hechos y la decisión. 1. Delimitación de la cuestión. 2. Verificación del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo. II. La aplicación de la ley de la residencia habitual en un sistema plurilegislativo de base territorial y los arts. 1 y 2 del art. 36 del Reglamento Sucesorio Europeo. 1. La (no) aplicación del art. 36.3 del Reglamento Sucesorio Europeo a la situación *sub iudice*. 2. El *pacto de mejora* del Derecho foral gallego como norma de aplicación inmediata y el art. 30 del Reglamento Sucesorio Europeo. 3. Los problemas de adecuación del Derecho interregional español ante la normativa europea. III. Breves conclusiones.

I. LA RESOLUCIÓN DGSJYFP DE 20 DE ENERO DE 2022: EL PROBLEMA, LOS HECHOS Y LA DECISIÓN

Con fecha 20 de enero de 2022, la *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*, en recurso interpuesto contra la negativa del Registro de la Propiedad de Pontevedra nº 2 a inscribir una escritura de *pacto sucesorio de mejora* en el marco del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio (en adelante, Reglamento Sucesorio Europeo), dictó la Resolución nº 2517/2022¹ que nos proponemos comentar en este texto.

En este caso, un matrimonio, él de nacionalidad francesa y ella de nacionalidad española, que residían en Galicia (España) desde hacía más de 15 años, suscribieron un *pacto sucesorio de mejora* el 2 de agosto de 2021, mediante escritura pública, ante notario en Pontevedra (Galicia, España), de conformidad con los arts. 214 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de

* Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto, Portugal. Investigadora del CIJ – Centro de Investigação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Este trabajo se enmarca en el proyecto La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad – RETOS 2020” (PID2020 – 115254RB – I00) em que é IP Marta Carballo Fidalgo.

¹ Res. DGSJyFP 2517 de 20 de enero de 2022, *BOE*, Nº 40, Sec. III, pp. 19841 – 19852, (BOE-A-2022-2517 en <https://www.boe.es>)

Galicia (en adelante *Ley 2/2006*), por el que adjudicaban a su hijo una finca sita en Poio (Galicia, España). El 13 de agosto de 2021, las partes solicitaron la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad no 2 de Pontevedra, que les fue denegada. Recurrieron esta resolución ante la DGSJFP, que confirmó la resolución impugnada el 20 de enero de 2022 mediante la Res. DGSJyFP no 2517.

Esta Res. DGSJyFP establece que

“... se considera, como la registradora calificante, que al ser necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y resultando la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede, en este caso, el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente, el cual muy posiblemente, además, no se encuentre en el concepto de pacto sucesorio previsto en el Reglamento, en cuanto se transmite la propiedad de presente y su consecuencia sucesoria supone una professio iuris no expresa, sino tácita, pero parcial, que puede suponer la fragmentación de la sucesión, conforme a la reciente jurisprudencia europea...”²

Por ello, la Res. DGSJyFP confirmó la negativa a inscribir la escritura en el registro, al considerar que la ley gallega, bajo la que se firmó la escritura, no es aplicable, ya que sólo lo es a los ciudadanos españoles con *vecindad civil gallega* y nunca a los extranjeros, que, por definición, no pueden tener esa condición; también se cuestionaba la propia aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo al supuesto examinado, además de considerar que la validez y eficacia de la escritura suscrita a la luz del derecho foral gallego supondría, al subsumirla en dicha normativa europea, que se había producido una elección tácita de ley respecto de parte del patrimonio hereditario.³ Por fin, planteó la necesidad de aplicación del art. 36 del

² El Res. DGSJyFP (*ibid.*, p. 19845) contiene, además de la jurisprudencia, las disposiciones legales que se consideran aplicables, a saber: “arts. 14 y 149.1.8.^a de la Constitución Española; 20 y 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 81 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 1.2.k) y l), 3.1.b), 20, 21, 22.2, 23, 25, 27, 30, 36, 38 y 83 y los considerandos 7, 23, 24, 40, 47, 48 a 53 y 80 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; los arts. 9.8, 14.1, 15.1 y 16 del Código Civil; 68 de la Ley 20/2011, de 21 de Julio, de Registro Civil; 160 y 161 del Reglamento Notarial; 4, 214 a 218, 243 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia”.

³ De la Res. DGSJyFP (*ibidem*, pp. 19851 y 19852) “... 31. A modo de resumen cabe considerar: a) que un pacto con entrega de presente de los mismos, difícilmente puede ser considerado un pacto sucesorio a los efectos de los arts. 3.1.b) y 25 a 27 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. b) Adicionalmente, un pacto con transmisión de presente, que es una liberalidad sobre bienes

Reglamento Sucesorio Europeo, en su ap. 3, en el sentido de aplicar subsidiariamente la ley de la unidad territorial con la que las personas cuya sucesión es objeto del pacto sucesorio tuvieran una vinculación más estrecha, esto por considerar que la cuestión se enmarcaba en el art. 27 del Reglamento Sucesorio Europeo, en particular de su ap. 3, que califica como cuestión de forma “cualquier disposición legal que limite las formas autorizadas de disposiciones por causa de muerte (en este caso, el pacto sucesorio) en relación con la edad, nacionalidad y demás características personales de las personas cuya sucesión es objeto del pacto sucesorio”, considerando, en esencia, que la cualidad de los otorgantes como “gallegos” o poseedores de la *vecindad civil* gallega es una de estas características. Por todo esto, el pacto sucesorio hecho no era válido y no podría ser registrado.

1. Delimitación de la cuestión

La Resolución 2517, de 20 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante Res. DGSJyFP 2517), relativa a un recurso contra la denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de pacto sucesorio (*pacto de mejora*), plantea

determinados, pudiera fraccionar la sucesión, en cuanto las deudas y las partes reservadas se determinarán por la ley aplicable correspondiente a la ley sucesoria (art. 23 del Reglamento (UE) 650/2012) y podría ser considerada, por tanto, una elección de ley parcial, con clara vulneración de la unidad de la ley sucesoria (STJ 9 de septiembre de 2021) c) Que la interpretación del art. 36.2º del Reglamento (UE) 650/2012, es aplicable tanto a las sucesiones ya abiertas como a las disposiciones mortis causa, aunque habida cuenta de que para estas surtan efecto será necesario el cumplimiento de los requisitos de validez material y formal (arts. 25 a 27 del Reglamento), es relevante que en los derechos forales españoles existan pactos en los que se limite, históricamente, de forma subjetiva, la posibilidad de su concertación. d) La existencia de una norma estatal que no permita la aplicación de una ley foral a un extranjero por carecer de vecindad civil de la Comunidad Autónoma en cuestión no necesariamente debe equipararse al supuesto de hecho del art. 36.2, esto es, la ausencia de normas internas sobre conflictos de leyes. e) España no lo ha hecho para este ni para ningún otro Reglamento de la Unión Europea que contenga la llamada cláusula española del art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012, que parte de la inaplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes. Ello se debe al obligado respeto a la tradición histórica de nuestras leyes civiles (véase el considerando 6º in fine del Reglamento); a sus instituciones (como el pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes, regalo del derecho gallego); sus respectivos ámbitos de aplicación y el mecanismo interno de resolución de sus conflictos territoriales (arts. 13 ss Cc), por lo que los extranjeros o españoles que carezcan de estado civil no podrán suscribir determinados pactos jurídicos por carecer de validez material o formal en la unidad territorial cuyo ordenamiento jurídico sea directamente aplicable (art. 36. 2º). 32. Dado que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de la donación de la propiedad es una materia que queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, la calificación del título presentado debe realizarse por el registrador de acuerdo con el art. 27.3º del Reglamento, lo que significa que la cuestión del requisito de la nacionalidad civil gallega del disponente impuesto por la Ley de Derecho Civil de Galicia, lleva consigo la necesidad de tener la nacionalidad española, siendo una cuestión de validez formal que conduce a la circunstancia personal del disponente...”.

una serie de cuestiones en el ámbito del Derecho de sucesiones y del Derecho internacional privado.

En este comentario, trataremos de sistematizar las cuestiones esenciales que deben resolverse de forma lógico-secuencial, para permitir la correcta selección y aplicación de los actos normativos y principios jurídicos pertinentes.

Por lo tanto, hay que afirmar, en primer lugar, el carácter internacional de la situación *sub iudice* y los problemas jurídicos que plantea, aunque su calificación jurídica como cuestión sucesoria o puramente contractual sea (todavía) dudosa, a efectos de la aplicación de un determinado acto normativo de Derecho Internacional Privado. Sólo así será posible, a través del ámbito de aplicación de tales actos normativos, verificar su correcta interpretación y aplicación.

En resumen: a) ¿se trata de una materia de Derecho Internacional Privado que da lugar a un conflicto de leyes y exige normas de conflicto? b) al tratarse de una donación a favor de herederos, ¿las normas de conflicto presumiblemente aplicables son las que se ocupan de las cuestiones sucesorias? c) (co)existiendo en el foro (español) Derecho internacional privado de fuente internacional (v.gr. Reglamentos europeos) aplicable, en virtud de las normas constitucionales, con preferencia sobre el Derecho Internacional Privado de fuente interna (v.gr. las normas de conflicto del Código Civil español), ¿se verifican en este caso sus ámbitos de aplicación material, territorial y temporal?

Es cierto, a la vista de los hechos “*mediante escritura autorizada el día 2 de agosto de 2021 por el notario...se otorgaba por un ciudadano francés un pacto sucesorio de mejora en los comprendidos en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia...por la que don...y doña..., adjudican, en concepto de pacto sucesorio de mejora...a su hijo don....la finca.....*”, que la situación descrita es *internacional*, al estar en contacto con más de un ordenamiento jurídico estatal: el español, lugar de residencia de los otorgantes (“*residen desde hace más de 15 años en Galicia*”) y de celebración del pacto, y el francés, nacionalidad (al menos) de uno de los otorgantes, siendo irrelevante (a estos efectos de calificar la hipótesis como internacional) que también exista contacto con un sub-ordenamiento jurídico territorial, el gallego.

Al ser internacional, el problema (por ahora) confluye en las normas de Derecho Internacional Privado aplicables en el foro y no en las normas de Derecho interregional, ya que existe un elemento de internacionalidad (la nacionalidad francesa del otorgante) o punto de contacto con un Derecho

extranjero — y no sólo un posible conflicto entre el Derecho foral gallego y el Derecho común español o cualquier otro Derecho foral—.

Dentro de las normas de Derecho Internacional Privado aplicables en el foro, y dado que se trata de una donación a favor de herederos y que se realizó por remisión a normas sucesorias, el acto normativo aplicable *putativamente* será el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento Sucesorio Europeo)⁴.

Queda por ver si se ha comprobado su alcance o ámbitos de aplicación.

2. Verificación del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo

Desde un punto de vista territorial, el Reglamento Sucesorio Europeo es aplicable en todos los Estados miembros, a excepción de Dinamarca (arts. 1 y 2 del Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al TFUE) e Irlanda, donde es aplicable en España por los tribunales o órganos jurisdiccionales competentes.

Temporalmente, la situación descrita también estará regulada por el Reglamento Sucesorio Europeo, que, en los términos del art. 83.1, se aplica a las sucesiones de las personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015. Aunque la disposición por causa de muerte (suponiendo que la escritura pública de *pacto de mejora* se califique como tal) se hubiera realizado antes de esa fecha (que no es el caso, ya que los hechos se refieren a agosto de 2021), seguiría siendo admisible y válida en cuanto al fondo y a la forma en virtud del art. 83, ap. 3, si hubiera cumplido las condiciones establecidas en el capítulo III del Reglamento.

Sin embargo, en lo que respecta a su ámbito de aplicación material, la cuestión es más dudosa.

⁴ Sobre el Reglamento Sucesorio Europeo, véase, entre nosotros, R. Moura Ramos, “O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia”, in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, IUC, 2016, pp. 237–287, H. Mota, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, FDUP/CIJE, Fevereiro 2014, <http://www.cije.up.pt/revistared>, A. Patrão, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões: determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, reenvio para a lei de um Estado-Membro e utilização da cláusula de excepção”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 94, t. 2, 2018, pp. 1171–1200.

En efecto, el *pacto de mejora* que se celebró al amparo de la *Ley 2/2006*, implica la transmisión inmediata y actual de la propiedad de los bienes objeto del pacto, lo que supone un serio obstáculo para su inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo.

Mientras que el art. 209.1 de la *Ley 2/2006* define los *pactos de mejora* como “*aquellos por los que se otorga la sucesión en bienes determinados a favor de los descendientes*”, el art. 215 de la *Ley 2/2006* distingue entre aquellas en las que “*hay entrega o no de los bienes a los afectados por ellas*” y, en el primer caso, como el que nos ocupa, determinan “*la adquisición de la propiedad por el beneficiario*”.

El ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo se define, en sentido positivo, en el ap. 1 del art. 1: “El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte” y, en sentido negativo, en el ap. 2 del art. 1, que establece: “... g) los derechos y bienes creados o transmitidos fuera del ámbito de la sucesión, tales como las donaciones”. A su vez, el art. 3 define la sucesión como “a) la sucesión por causa de muerte, que abarca cualquier forma de transmisión de bienes, derechos u obligaciones por causa de muerte, ya se trate de un acto voluntario de transmisión en virtud de una disposición por causa de muerte o de una transmisión por sucesión sin testamento”, y el pacto sucesorio se define en la letra b) como “un acuerdo... que crea, modifica o anula, con o sin contraprestación, derechos sobre la herencia o herencias futuras de una o varias personas que sean partes en el acuerdo”.

Conviene también destacar que, incluso en el caso de una mera donación, que queda excluida de su ámbito de aplicación en virtud de lo dispuesto en la letra g) del ap. 2 del art. 1, el Reglamento Sucesorio Europeo y la ley en concreto indicada en los arts. 22 o 21 se aplican a las cuestiones indicadas en la letra i) del ap. 2 del art. 23: “la colación y la reducción de las donaciones, anticipos o legados a la hora de determinar las cuotas de los distintos beneficiarios”. Esta inclusión se subraya en el Considerando 14: “Los derechos y bienes creados y transmitidos por medios distintos de la herencia, por ejemplo, mediante donaciones, también deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento. No obstante, debe ser la ley designada por el presente Reglamento como ley aplicable a la sucesión la que determine si tales donaciones, *u otras formas de disposición inter vivos que creen un derecho real antes del fallecimiento*, deben reducirse o computarse a efectos de la determinación de las cuotas de los beneficiarios de conformidad con la ley aplicable a la sucesión”.

De la articulación de estas normas y considerandos parece desprenderse que, en una interpretación autónoma y uniforme del Reglamento, la

calificación como “pacto sucesorio”, efectuada por la legislación gallega, del *pacto de mejora* con entrega de bienes e inmediata transmisión de la propiedad no obliga necesariamente a la misma calificación efectuada por el Reglamento Sucesorio Europeo y a su inclusión en el respectivo ámbito material de aplicación.

No puede decirse lo mismo, conviene advertirlo, de sus efectos o repercusiones, necesariamente sucesorios, a saber, la imputación a la cuota reservada, en los términos del art. 245 de la *Ley 2/2006*, exactamente igual que ocurriría siempre, por aplicación de la ley sucesoria, con la imputación por colación a la cuota reservada de cualquier donación hecha en vida por el *causante* a sus herederos legitimarios, aunque la misma donación se regulara por la ley señalada por el Reglamento Roma I. O la propia determinación de la legítima o legítimas, así incrementadas a través del *pacto de mejora*, materia también incluida, por el art. 23.2º.a), en el ámbito de la ley aplicable a la sucesión.

Aun así, siempre podría objetarse que una donación en vida hecha a un heredero — a diferencia, conviene advertir, de un *pacto de mejora* — sólo puede plantear un problema de colación o de simple imputación en la cuota reservada, no alterando en modo alguno la cuota subjetiva del heredero; sin embargo, en el caso del otorgamiento de un *pacto de mejora*, lo que se pretende es precisamente aumentar esa cuota hereditaria y, como tal, la aproximación del *pacto de mejora* a la cuestión sucesoria y su calificación como tal no es irrazonable, e incluso es muy defendible⁵.

Todo se reduce entonces a la propia interpretación autónoma del TJUE de los institutos y conceptos a los que se refieren los reglamentos.

En este sentido, por ejemplo, ya se ha pronunciado, en el reenvío de decisión prejudicial planteada al TJUE en materia de pacto sucesorio, en el asunto UM *contra* HW⁶, en el que se solicitaba la interpretación del art. 3.1º.b), del Reglamento Sucesorio Europeo.

⁵ A ello hay que añadir otras características indeleblemente sucesorias del *pacto de mejora* en los términos de la *Ley 2/2006* como sean las facultades de disponer de los bienes hasta la apertura de la sucesión o su ineficacia en casos de indignidad o desheredación en los términos de los arts. 217, 1 o 218 de la *Ley 2/2006*, como subraya S. Álvarez González “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, nº1 (enero-marzo, 2022), Estudios, pp. 1-34, (pp. 6-7).

⁶ STJUE (C-277/20) de 9 de septiembre de 2021 (<https://curia.europa.eu/>). Sobre la sentencia y en especial sobre su transcendencia en materia de donaciones *mortis causa* y su calificación sucesoria véase 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 (STJ 9 de septiembre de 2021, Asunto C-277/20: UM)”, *La Ley: Unión Europea*, 98, 2021, A. Lara Aguado, “*Requiem* por las calificaciones internas en el marco del Reglamento (UE)

La cuestión planteada al tribunal era si el art. 3, ap. 1, letra b), del Reglamento Sucesorio Europeo debe interpretarse en el sentido de que un contrato de donación entre dos nacionales alemanes que residen habitualmente en Alemania es un contrato de sucesión en el sentido de dicha disposición: “¿Debe interpretarse el art. 3, ap. 1, letra b), del Reglamento [de Sucesiones] en el sentido de que constituye un pacto sucesorio, a efectos de dicha disposición, un contrato de donación *mortis causa* sobre un bien inmueble sito en Austria, celebrado entre dos nacionales alemanes que tienen su residencia habitual en Alemania y en virtud del cual, tras el fallecimiento del donante, el donatario dispondrá, frente al caudal relicto, de un derecho jurídico-obligacional a la inscripción registral de su derecho de propiedad en virtud de ese contrato y del certificado de defunción del donante, es decir, sin intervención de la autoridad competente en materia de sucesiones?”⁷. El TJUE respondió que “un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, se transmita la propiedad de un bien inmueble que le pertenece y que de esta forma confiere derechos relativos a su sucesión futura a otras partes de dicho contrato constituye un “pacto sucesorio” a los efectos del art. 3, ap. 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones”.⁸

Pero, sin perjuicio de la importancia o bondad de esta decisión, lo cierto es que, al menos en el caso que nos ocupa, no parece que tenga mucho valor o trascendencia⁹, ya que no hubo transmisión de la propiedad en el momento de la celebración del pacto (como sí hubo en este caso), sino sólo en el momento del fallecimiento del donante y de la apertura de la sucesión. Y si el TJUE comienza afirmando que “... a este respecto, procede recordar que, si bien, en virtud del art. 1, ap. 2, letra g), del Reglamento de Sucesiones, quedan excluidos de su ámbito de aplicación, en particular, los bienes transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, tal exclusión debe interpretarse de manera estricta”¹⁰, termina concluyendo que “... de ello se deduce que, cuando una estipulación

650/2012 e invalidez de la *professio iuris* anticipada limitada a un pacto sucesorio relativo a un único bien [sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 9 de septiembre de 2021], en “Crónica de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 42, 2021, pp. 29–33, N. Goñi Urriza, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primeira) de 9 de septiembre de 2021, UM, C-277/20”, *CDT*, 2022, vol.14, 1, 2022, pp. 736–743, L. Perreau-Saussine, “Qualification de “pacte successorial” et champ d’application du règlement européen n°650/2012 sur les successions internationales. CJUE, 9 sept. 2021, aff.C-277/20”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2022–2, pp. 402–409.

⁷ *Ibid.*, §24.

⁸ *Ibid.*, §32.

⁹ Como también afirma S. Álvarez González “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?”, *loc. cit.*, p. 6.

¹⁰ STJUE (C-277/20) de 9 de septiembre de 2021 (<https://curia.europa.eu/>), §34.

contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, en el sentido del referido art. 1, ap. 2, letra g), en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.¹¹ Esto, en nuestra opinión, desvirtúa un tanto la identidad de razón argumental del caso en cuestión, en el que la atribución de bienes surte efecto *antes* del fallecimiento del *causante*.

A la vista de lo anterior, y aunque el resultado jurídico-práctico fuera el mismo — al calificarse de mera donación, el pacto se regularía como tal, en los términos del art. 4 c) del Reglamento Roma I¹², por la ley del lugar o unidad territorial (por aplicación del art. 22 de Reglamento Roma I) donde radique el bien, mientras que sus efectos sucesorios quedarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo: en ambos casos, como veremos, el derecho foral gallego¹³—, hubiera sido prudente, para una decisión más cómoda y razonada, sin incurrir en una incoherencia de fundamentación, plantear al TJUE una cuestión prejudicial a fin de comprobar si era posible subsumir el *pacto de mejora* de derecho gallego en el ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo.

II. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL EN UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO DE BASE TERRITORIAL Y EL ART. 36, APS. 1 Y 2, DEL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES

Suponiendo, pues, que sea aplicable el Reglamento Sucesorio Europeo, es fácil afirmar que la ley aplicable es la española, como ley de la residencia

¹¹ STJUE (C-277/20) de 9 de septiembre de 2021 (<https://curia.europa.eu/>), §35.

¹² Sin perjuicio de la exclusión material del ámbito del Reglamento Roma I de las obligaciones derivadas de las sucesiones (art. 1.2º, c)), problema que así mismo resultaría resuelto por lo simple hecho de que se optaría, por razones sustantivas, por una calificación contractual y no sucesoria de la liberalidad hecha.

¹³ En mismo sentido, cf. S.A. Sánchez Lorenzo, “Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Comentarios”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp 755–760 (p. 757): “Si en virtud de la calificación europea o autónoma, esta institución gallega se considera una “obligación contractual” en el sentido del Reglamento Roma I (RRI) “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. 4.1º 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.”

habitual de los firmantes en el momento de la celebración del pacto (fecha de la escritura el 2 de agosto de 2021), en los términos de los arts. 25 y 21.1º de este Reglamento.

De los hechos no se desprende que existiera una elección de ley, ni siquiera tácita, en los términos del art. 22, a favor de la ley nacional de los firmantes, ya que el pacto se hizo con remisión a la ley gallega, que es precisamente el lugar de residencia habitual de los firmantes y por lo menos uno de ellos es francés¹⁴.

Siendo aplicable la ley española, como ley de la residencia habitual, y siendo España un sistema plurilegislativo en el que coexisten unidades territoriales con su propio conjunto de normas relativas, en este caso, a cuestiones sucesorias, siempre habrá que determinar a qué subsistema o suborden o unidad territorial, como queramos llamarlos, a cuya ley debe someterse la cuestión. Y el art. 36 del Reglamento establece que serán las normas de conflicto internas de ese Estado, es *decir*, las normas de Derecho interregional o interregional español, las que hagan esa determinación.

El art. 36.1º del Reglamento Sucesorio Europeo adopta así un modelo indirecto de remisión a un Estado plurilegislativo de base territorial, delegando en dicho Estado — y en la forma particular en que éste resuelva el (otro) problema de los conflictos internos — la determinación de la ley aplicable, con independencia de que dicho Estado lo haga a través de normas de Derecho exclusivamente interregional, o mediante el recurso (por remisión directa o analógica) a las normas de Derecho internacional privado, con (o sin) especificidades.

Esta última es la situación en España: el art. 16 Cc español introdujo particularidades o matices necesarias a la mera remisión a su Derecho internacional privado, para adaptar la solución internacional-privatista a los conflictos internos, y sustituyó la ley personal por el Derecho correspondiente a la *vecindad civil*.

Así, si un francés reside en Pontevedra, donde fallece (o donde ha otorgado un pacto sucesorio o hecho testamento), y la ley aplicable a la sucesión es, en la jurisdicción competente, la ley de la residencia habitual (en el momento de la apertura de la sucesión o en el momento de otorgar el pacto o testamento), por aplicación del art. 21 (y/o 25 y 24) del Reglamento Sucesorio Europeo, es decir, la ley española, y la norma de conflicto remite indirectamente (como hace el art. 36.1º de dicho Reglamento) a “las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado”, a dicha ley no puede

¹⁴ Como también afirma, demostrando a ilógica da conclusión de la Res. DGSJyFP, S. Álvarez González “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?, *loc. cit.*, p. 9.

resolver el problema porque, en virtud del art. 16, sería de aplicación el art. 9.8º, que remite a la ley nacional del *causante*, y en virtud del art. 16.1º, parte 1, a su *vecindad civil*, la cual el francés no tiene.

Cuando el sistema plurilegislativo no tiene una solución *suficiente* o *adecuada* de conflictos internos de leyes, debe recurrirse a las conexiones subsidiarias previstas en el propio art. 36.2º, y en este caso concreto a la ley de la unidad territorial en la que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (o en la que el otorgante tuviera su residencia habitual en el momento de celebrar el acuerdo en una lectura adaptada en virtud de la remisión del art. 25 al art. 21 del Reglamento) en los términos del art. 36, ap. 2, letra a). Es decir, en el caso descrito, la ley gallega.

El problema de densificar el ap. 2 del art. 36 para saber si cuando se refiere a la “falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes” incluye casos como los descritos anteriormente de “inadecuación de las normas de conflicto interno” no es nuevo.

También en la solución del Código civil portugués para remitir las normas de conflictos a las leyes de los sistemas plurilegislativos —el hecho de que Portugal sea un Estado unitario no quita que sus órganos de aplicación de la ley puedan tener que aplicar las leyes de sistemas plurilegislativos como el español!— el art. 20.2º del Código Civil Portugués contiene esta disposición subsidiaria: “si *ello* no fuera suficiente, se aplicará la ley de la residencia habitual del interesado”.

La doctrina portuguesa¹⁵ es unánime en su opinión de que esta solución debe aplicarse a los casos en que exista una falta o haya insuficiencia o haya

¹⁵ Cf. A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 400, J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ªed, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 241 y 242, R. Moura Ramos, “S.T.J. – Acórdão de 16 de Maio de 2028 (*Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional*)”, *RLJ*, n.º 4020, Ano 149.º, Jan.Fev. 2020, pp. 210–247 (p. 235) y H. Mota, “A remissão a um ordenamento plurilegislativo de base territorial no direito internacional privado da União Europeia: uma oportunidade perdida?”, in Gustavo Ferraz de Campos Mónico e Maria Rosa Guimarães Loula (Coord.), *Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Moura Ramos*, vol.I. Estudos de Direito Internacional Privado e Direito Privado Comparado, S.Paulo, Quartier Latin, 283–309, 2021; la misma posición ha sido adoptada por una parte significativa de la doctrina española: véase P. Quinzá Redondo, “Comentario al art. 36” en José Luis Iglesias Buigues y Guillermo Palao Moreno, *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 291–301, sin perjuicio de entender que el problema ni siquiera existiría si se adoptara una perspectiva “dinámica” de la remisión del art. 16, que ya no debería remitir al art. 9.8, sino a las normas del art. 36. Además, 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*, II, 4, 2015, pp. 7–28, (p. 17). No obstante, parte de la doctrina española admite no recurrir inmediato a las soluciones subsidiarias de lo art. 36, 2, más bien

inadecuación de soluciones de Derecho interregional o de Derecho internacional privado del Estado plurilegislativo, incluidos los casos en que exista (también) una diversidad de normas de Derecho interregional o de Derecho internacional privado en cada unidad territorial, como los conocidos casos del Reino Unido o de los Estados Unidos.

En Portugal, y en los casos de aplicación del art. 20 del Código Civil Portugués¹⁶, la mayor dificultad y divergencias doctrinales y jurisprudenciales se plantean en relación con la solución del ap. 2 del art. 20; por ello se determina, en *ausencia o insuficiencia* de normas de Derecho interregional del Estado plurilegislativo —ya sean normas especiales o simple remisión al DIPr, aunque con especificidades, como el caso del art. 16 del Código Civil español— a que se refiere la norma de conflicto —lo que incluye tanto los supuestos de inexistencia de normas de Derecho interregional como los de inexistencia de Derecho interregional *unificado*, como en EUA o RU—, la aplicación directa de la ley de la residencia habitual en lugar de la ley nacional, lo que puede implicar la aplicación de otra ley, distinta de la del propio Estado plurilegislativo¹⁷.

1. La (no) aplicación del art. 36, ap. 3, del Reglamento europeo de sucesiones a la situación sub iudice

Siguiendo con la aplicación del art. 36, no cabría plantearse (como hizo la Res. DGSJyFP 2517) la aplicación de su ap. 3, en el sentido de aplicar subsidiariamente la ley de la unidad territorial con la cual las personas cuya sucesión es objeto del pacto sucesorio tuvieran una vinculación más estrecha.

adoptar una solución dentro del ordenamiento español para colmar la laguna que resulta de la imposibilidad de aplicar el criterio de la vecindad civil a un extranjero sea por aplicación del Derecho civil común, sea por aplicación del Derecho de la entidad territorial que presente la “vinculación más estrecha”, sea por la aplicación del art.9.10^o Cc o, finalmente, por la aplicación por analogía del art. 36.2^o del Reglamento Sucesorio Europeo (sobre estas soluciones y sus fuentes bibliográficas, véase E. Castellanos Ruiz y J. J. Álvarez Rubio, *La vecindad civil y la aplicación del derecho foral a los extranjeros*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023, pp. 31–35).

¹⁶ Es decir, en las situaciones que no entran en el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos.

¹⁷ Para más referencias sobre esta cuestión, con un análisis de la jurisprudencia portuguesa al respecto, véase R. Moura Ramos, “S.T.J. – Acórdão de 16 de Maio de 2028 (*Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional*)...”, *loc. cit.* y H. Mota, “A remissão a um ordenamento plurilegislativo de base territorial no direito internacional privado da União Europeia: uma oportunidade perdida?...”, *loc. cit.*

A estos efectos, la Res. DGSJyFP 2517 consideró que la ley aplicable resultaba del art. 27, en particular de su ap. 3, que califica como cuestión de forma “cualquier disposición legal que limite las formas autorizadas de disposiciones por causa de muerte (en este caso, el pacto sucesorio) en relación con la edad, nacionalidad y demás características personales de las personas cuya sucesión es objeto del pacto sucesorio”, considerando, en esencia, que la cualidad de los otorgantes como “gallegos” o poseedores de la *vecindad civil* gallega es una de estas características.

Y es que, con independencia de que la ley gallega sea o no la “ley de mayor conexión” (juicio irrelevante si no resulta de la solución de conflicto aplicable), la hipótesis nunca entraría en el ámbito del art. 36.3º en virtud del art. 27.3º, porque no estamos ante ninguna duda o preocupación sobre la *validez formal* del testamento. Dicho de otro modo: cuando se argumenta que la ley gallega sólo se aplica a los que tienen *vecindad civil* gallega y nunca, por tanto, a los extranjeros o no españoles, nada tiene que ver con las condiciones o requisitos específicos de la ley gallega respecto a cómo se exterioriza la voluntad — una cuestión *formal*.

En realidad, esto sólo sería así si una determinada forma de pacto sucesorio tuviera que ser seguida por extranjeros o sólo fuera accesible a quienes tuvieran la *vecindad civil* gallega: entonces estaríamos ante las especiales condiciones de forma que varían en función de la “edad, nacionalidad u otras características personales” del disponente a que se refiere el art. 27.3º y que determinan la subsunción a la ley señalada en el art. 27.1º. Pero no aquí, donde en ningún momento se cuestionó la *forma* del pacto o la hipotética reserva de la forma seguida para determinadas personas, sino únicamente si a esas personas con esas características (extranjeros sin *vecindad civil* gallega) se les aplican o no las normas sustantivas que regulan el *pacto de mejora* previsto en la ley gallega, es decir, si existe o no una restricción *sustantiva*, pero de base territorial, para acceder a ese tipo de previsión. En otras palabras: si se ha verificado en el caso *sub iudice* el criterio de aplicación de esa norma (gallega).

Dicho de otro modo: una cosa es saber si un catalán o un portugués o un francés pueden (o deben) suscribir un *pacto de mejora* por escritura pública como un gallego (o si están, hipotéticamente, obligados a hacerlo de otro modo), en los términos del art. 211 de la *Ley 2/2006*: se trata de una cuestión de forma (y internacional *vg.* si el pacto lo suscribe un extranjero), cuya ley determina el art. 27.1º en virtud del art. 27.3º; cuestión muy distinta es si un *vecino* catalán o un portugués (o, en este caso, un francés) puede suscribir *pacto de mejora* alguno, es decir, si la ley gallega que lo regula se aplica en sustancia al pacto suscrito. Esto dependerá de la ley indicada por los arts. 21 y 25 del Reglamento y no del art. 27.

Por lo tanto, en términos de recurso subsidiario a las conexiones del art. 36, no tiene sentido remitirse a la “ley con la conexión más estrecha” en virtud del ap. 3 del art. 36, que simplemente no es aplicable.¹⁸

2. El pacto de mejora del derecho foral gallego como norma de aplicación inmediata y el art. 30 del Reglamento Sucesorio Europeo

Distinta y más delicada es la cuestión de si la ley gallega, en concreto la *Ley 2/2006*, cuando restringe su ámbito de aplicación en el espacio al disponer en su art. 4.1º: “*La sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil*”, se está comportando (o transformando en virtud de esta norma todo el régimen material en ella consagrado) como una norma de aplicación inmediata (a los efectos de la aplicación del art. 30 del Reglamento Sucesorio Europeo) o como una norma material espacialmente autolimitada, es decir, una norma que, si bien confirma el contenido de la norma de conflicto y no prescinde de ella para ser aplicable en una situación internacional, restringe aún más su ámbito de aplicación en el espacio.

Desde este punto de vista, el derecho foral gallego y, en concreto, la celebración de *pactos de mejora* en sus términos y condiciones, sería directamente aplicable por el registrador, con independencia de la consideración del carácter internacional de la situación y del derecho internacional privado relevante, *pero* sólo cuando los otorgantes tuvieran *vecindad civil* gallega, siendo por tanto inaplicable a todas las demás situaciones, aunque en virtud de dichas circunstancias y tratamiento jurídico-internacional-privado formara parte integrante de la *ley de la residencia habitual* de los otorgantes.

Sabiendo que una norma de Derecho material, ya sea del foro o de ordenamientos jurídicos extranjeros, espacialmente autolimitada, dotada de una intensidad valorativa particular y que fija autónomamente su ámbito espacial de aplicación con independencia (o incluso en contra) del sistema general de normas de conflicto, se califica de norma de aplicación inmediata o internacionalmente imperativa¹⁹, no debemos olvidar que a menudo existe una norma de conflicto o, al menos, una disposición de derecho internacional privado que autoriza o habilita la consideración de este tipo de normas por el órgano jurisdiccional del foro del foro: este es el caso del

¹⁸ Vid. S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la Res. DGRN 24 de mayo de 2019”, *La Ley: Unión: Europea*, n.º 74, 31 de octubre de 2019, Ed. Wolters Kluwer, pp. 1–21 (pp. 6–10).

¹⁹ Cf. en tema de normas de aplicación inmediata, y por todos, A. Marques dos Santos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1991.

art. 30 del Reglamento Sucesorio Europeo (así como el art. 9 del Reglamento Roma I, el art. 30 del Reglamento (UE) 2016/1103, el art. 16 del Reglamento Roma II....) en relación con las normas materiales de la *lex rei sitae*, que en este caso coincidiría con el Derecho civil gallego.

Pero para ello sería necesario demostrar que las normas de sucesión eran “restrictivas”, debido a consideraciones económicas, sociales o familiares, y relacionadas con la categoría de los bienes allí situados. Evidentemente, éste no parece ser el caso. El Derecho foral gallego no impone ninguna restricción, sólo se limita territorial y subjetivamente^{20 21}.

También podría argumentarse que el *pacto de mejora* gallego no era más que una norma material espacialmente autolimitada (en virtud del art. 4 de la Ley 2/2006, de 14 de junio) que no es necesariamente una norma de aplicación inmediata, pues, aunque su ámbito de aplicación está delimitado, no excede del ámbito del ordenamiento jurídico en el que se inserta, es decir, sólo se aplica cuando el ordenamiento jurídico al que pertenece es competente en virtud de las normas de conflicto aplicables.²²

²⁰ Vid. S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?, *loc. cit.*, pp. 5 y 6.

²¹ Vid. P. Wautelet, «Article 30» (en A. Bonomi y P. Wautelet *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 469–478. Aquí se deja claro que solo pueden clasificarse como normas de aplicación inmediata las disposiciones materiales que prevean un régimen derogatorio al derecho sucesorio común en este Estado y con un impacto directo en un bien o categoría de bienes y que, siempre con arreglo al considerando 54 del Reglamento, esta aplicación debe ser estricta o restrictiva; además no se enmarcan en las reglas de conflictos de esos Estados (como puede ser interpretado el art. 4 de la Ley 2/2006). Un ejemplo avanzado es lo de las normas sobre explotaciones agrícolas que pueden ser reservadas sucesoriamente para nacionales, lo que no puede estar más lejos de que los pactos sucesorios de mejora del Derecho gallego.

²² En el Derecho sucesorio portugués nos encontramos con una situación similar, aunque en lo que se refiere a la forma del testamento: es el caso del art. 2223 del Código Civil portugués, que exige una forma solemnizada para la otorgación o aprobación de un testamento hecho por un portugués en el extranjero en los términos de la ley extranjera (e independientemente de la forma “menos” solemne adoptada por la ley local). Esta norma podría considerarse como una norma de aplicación inmediata que derogaría, mediante la imposición de una determinada forma establecida en la ley personal portuguesa, la aplicación de la ley local autorizada por la norma de conflicto del art. 65, ap. 1, del Código Civil, calificación habilitada por el propio art. 65, ap. 2; o simplemente como una norma material espacialmente autolimitada confirmada por el contenido del art. 65, ap. 2. En cualquier caso, hoy, tras la entrada en vigor del Reglamento sucesorio europeo, el art. 2223 parece (como norma de aplicación inmediata) tácitamente derogado dado el claro *favor negotii* que inspira el art. 27 del Reglamento. Para más detalles, *vid.* H.Mota, “A validade formal das disposições por morte feitas por escrito no âmbito do Regulamento das Sucessões Internacionais e a revogação tácita do art. 2223.º do Código Civil”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, [H.Mota, J.Ferraz Coutinho, M.R.Guimarães, M.Pestana de Vasconcelos, P. de Tarso Domingues, y R.Teixeira Pedro (coord.)], vol. I, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 593–611.

En este caso, las normas de conflicto aplicables son las contenidas en el Reglamento Sucesorio Europeo y en ningún momento se hace referencia a otra ley que no sea la de la residencia habitual, con independencia de la nacionalidad o *vecindad civil* del sujeto.

3. Los problemas de adecuación del Derecho interregional español ante la normativa europea

En este caso, nos encontramos ante un tipo de “delimitación” territorial del derecho foral que tiene un sentido subyacente indeleblemente conflictual y no material o sustantivo, es decir, no pretende condicionar la validez del pacto a una condición subjetiva del sujeto, por razones o valoración de sentido material sino únicamente reproducir y reiterar el criterio de conexión territorial utilizado por las especificidades del Derecho interregional español (presente en el art. 16 del Código Civil español, en su caso, porque la ley aplicable, en virtud del art. 9.8º, es la ley nacional).

En este sentido, y dado que la ley aplicable en virtud del art. 36.2º.a) y de los arts. 25 y 21.1º del Reglamento Sucesorio Europeo no es la ley nacional sino la ley de la residencia habitual (ley gallega), la delimitación subjetiva de la ley gallega se convertiría en una norma de conflicto de leyes adicional, es decir, resolvería un problema de aplicación de leyes en el espacio, violando la reserva constitucional de ley estatal para resolver estos mismos problemas²³ (art. 149.1º.8 CE) y eliminaría el efecto útil de la remisión de la norma de conflicto del Reglamento Sucesorio Europeo a la ley de residencia habitual.

Sea como sea que se mire esta cuestión, la aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, como concretización de la primacía de la aplicación del Derecho de la Unión Europea²⁴, no consiente en restricciones que no sean autorizadas por sus propios límites y normas consagrados sea en la reserva de orden público internacional o en normas de aplicación inmediata que, por lo expuesto, no concurren en este caso, o en caso de reenvío lo que también no ocurre.

Es decir, sería, en este sentido, o interpretado así, inconstitucional. Y, utilizando la expresión de Santiago Álvarez González: ¡“no puede revivirse de nuevo la vecindad civil por la puerta de atrás”!²⁵

²³ Cf. STC 156/1993, de 6 de mayo (BOE 28.05.1993 y STC 93/2013, de 23 de abril (BOE 23.05.2013).

²⁴ Vid. S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?...”, *loc. cit.*, p. 26.

²⁵ *Ibid.*, p. 18.

De ello podemos concluir que, en nuestra opinión, la aplicación del derecho foral gallego al *pacto de mejora* sería la solución correcta²⁶, sin perjuicio de que constituiría una incoherencia normativa frente a una hipótesis análoga en la que los otorgantes fueran de nacionalidad española, residentes en Galicia, pero de *vecindad civil* no gallega.

De hecho, la remisión al Derecho interno de conflictos del Estado plurilegislativo, tanto si contiene Derecho interregional como si ofrece soluciones de remisión a su Derecho internacional privado, con adaptaciones (como es el caso de España, que resuelve los conflictos interregionales aplicando su DIPr, unificado, con adaptaciones, en los términos del art. 16 del Código Civil español) o mismo la aplicación analógica del Derecho internacional privado, puede ser, en última instancia, posible, pero *inadecuada* debido a las soluciones que ofrece el propio sistema plurilegislativo. En efecto, los conflictos de Derecho interno pueden ser resueltos por normas cuyas soluciones están pensadas desde un punto de vista axiológico-normativo y sistemático precisamente para resolver conflictos de Derecho interno y no para situaciones plurilocalizadas desde un punto de vista internacional, con puntos de contacto con otros Estados o, digamos, situaciones *extranjeras*.²⁷

Naturalmente, esta circunstancia conducirá a que las situaciones que dan lugar a conflictos internos (resueltos por el Derecho interregional, esto es, el DIPr estatal con adaptaciones, en este caso sustituyendo nacionalidad por *vecindad civil*) reciban un tratamiento distinto al de las situaciones internacionales a las que habrá que aplicar no el Derecho interregional (*rectius*: la solución del Estado plurilegislativo para los conflictos internos), por ser *inadecuado*, sino otras conexiones previstas en la norma de conflicto, en este caso las conexiones subsidiarias del art. 36.2º del Reglamento y, en concreto, la ley de la residencia habitual. Así, piénsese en la sucesión de un gallego, residente en Barcelona donde fallece, si está casado con una portuguesa o una catalana (o balear o con *vecindad civil común* o...); en el primer caso, si la norma de conflicto se remitiera a la ley de la residencia habitual (no importa si por adoptarnos una perspectiva “dinámica” del Derecho interregional español o, como nos parece más acertado, *ex vi* del

²⁶ No mesmo sentido, e no essencial, *vid.* E. Castellanos Ruiz y J. J. Álvarez Rubio, *La vecindad civil y la aplicación del derecho foral a los extranjeros*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023, S. Álvarez González “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?... *loc.cit.*, p. 32 y S.A. Sánchez Lorenzo, “Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Comentarios”..., p. 759.

²⁷ *Cf.* H. Mota, “A remissão a um ordenamento plurilegislativo de base territorial no direito internacional privado da União Europeia: uma oportunidade perdida?...”, *loc. cit.*, p. 284, y S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, *loc. cit.*, pp. 7–28.

art. 36.2º.a) del Reglamento, por imposibilidad de seguir el criterio de *vecindad civil*) se aplicaría el Derecho sucesorio catalán; en el segundo, el gallego, por aplicación del criterio de *vecindad civil ex vi* art. 16.1.1 y art. 9.8º.

La perspectiva “dinámica” del art. 16, defendida en España por parte de la doctrina²⁸ resolvería el problema, argumentando que ya no es aplicable el art. 9.8º Cc español. Así, si A, gallego, fallece en Barcelona, donde reside, la sucesión se regirá por la ley catalana, la de su residencia habitual, de acuerdo con el art. 21 del Reglamento de Sucesiones, *ex vi* art. 16 Cc español. Y lo mismo ocurriría si la cuestión fuera internacional y hubiera una remisión a la ley española: en este caso, si A fuera portugués o estuviera casado con una portuguesa, con lo que se superaría el problema del doble tratamiento de las relaciones internacionales respecto de las relaciones internas e incluso la laguna en la resolución de conflictos internacionales por remisión a las normas de conflictos internos, cuando la nacionalidad del interesado es extranjera, por la imposibilidad de aplicar el criterio de *vecindad civil*.

A esta solución puede oponerse lo dispuesto en el art. 38 del Reglamento, que reserva la autonomía legislativa a los Estados plurilegislativos en materia de conflictos internos; a lo que también puede oponerse que el art. 38 (y normas similares de otros Reglamentos europeos) no puede entenderse como una imposición, sino sólo como una garantía de la autonomía legislativa en materia de Derecho interregional.²⁹

Sin embargo, no creemos que el problema esté del todo resuelto, ya que la normativa europea también puede aplicar la ley de la nacionalidad [art. 8 c) y art. 5 c) del Reglamento de Divorcio Internacional³⁰; arts. 22 y 21.2º Reglamento de Sucesiones; arts. 26 y 22.1 b) del Reglamento de Regímenes Matrimoniales³¹...] y, en ese caso, ¿cómo determinar la ley aplicable? En los litigios internos, ¿se seguiría considerando el criterio de *vecindad civil*, ya que la remisión del art. 16 no es sólo a las normas de Derecho internacional

²⁸ Vid. J.L. Iglesias Buigues, “Comentario al art. 33”, J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 355 a 373 y P. Quinzá Redondo, “Comentario al art. 38 ...”, *loc. cit.*, p. 307.

²⁹ Vid. P. Quinzá Redondo, “Comentario al art. 38...”, *loc. cit.*, p. 305; en contra, S. Álvarez González, “Sobre la aplicación de Convenios internacionales y Reglamentos europeos en Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 127–161.

³⁰ Reglamento (UE) No 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

³¹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

privado, sino que añade “particularidades” a las mismas, y en este sentido se consideraría también la aplicación a los litigios internacionales a los efectos de la remisión del art. 36.1º? ¿Qué ocurre cuando el interesado es extranjero y no hay forma de determinar la ley aplicable?

No parece nada claro que la sustitución de las normas nacionales de DIPr por las europeas conlleve la inaplicación de las adaptaciones que el art. 16 hace, en materia de resolución de litigios interregionales, a esas mismas normas. Dicho de otro modo, si el art. 36 del Reglamento de Sucesiones obliga, cualquiera que sea el elemento de conexión de la norma de conflicto, a considerar, por remisión indirecta y en primer término, las soluciones del Estado plurilegislativo para sus conflictos internos, y en el caso de España así se hace en virtud del art. 16, aunque se acepte que las normas de conflicto ya no son las contenidas en el Capítulo IV, en este caso el art. 9.8º, sino los arts. 21 ó 22 del Reglamento de sucesiones, ¿cómo puede justificarse que ya no se apliquen las *particularidades* a que se refiere el art. 16?

Por lo tanto, todas estas dudas, o problemas o incoherencias sólo parecen poner de manifiesto la necesidad de adaptar el Derecho interregional español al Derecho internacional privado de fuente europea que rige hoy en España.

III. BREVES CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en este caso concreto podríamos concluir que, salvo mejor criterio, la resolución de la Dirección General no haya sido la más correcta.

Y respondiendo muy concretamente a las cuestiones que planteábamos al principio de este análisis: en el caso *sub iudice* estamos ante una cuestión de Derecho Internacional Privado que da lugar a un conflicto de leyes y requiere normas de conflicto; al tratarse de una liberalidad o donación a favor de un heredero y, no obstante, la transmisión de los bienes en vida de los donantes, el hecho de que altere, con *mejora*, la cuota legitimaria del heredero puntúa a favor de su calificación sucesoria.

Aquí llegados y una vez que las cuestiones sucesorias internacionales en el foro español son tratadas por el Reglamento Sucesorio Europeo, al confirmarse también su ámbito temporal de aplicación, se aplicaría, en los términos del art. 25 y 21 del Reglamento, la ley de la residencia habitual de los declarantes, que se encuentra en Galicia, España.

Al ser España un Estado plurilegislativo, el art. 36 del Reglamento remite la cuestión al Derecho interregional español, que a su vez aplica su Derecho Internacional Privado de fuente estatal, sustituyendo la conexión de nacionalidad por la *vecindad civil*; en el caso de un extranjero (en este caso, francés) por no poseer esta vecindad, la solución del Derecho interregional español no es adecuada, lo que implica recurrir a las conexiones subsidiarias del art. 36 del Reglamento y en este caso, a la ley de la residencia habitual en virtud del ap. 2, a), que es, en definitiva, la ley gallega que contempla el *pacto de mejora* en los términos en que se realizó y que podría entonces inscribirse en registro, al haber cumplido todas sus demás condiciones de validez.

BIBLIOGRAFIA

- Álvarez González, S., “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019”, *La Ley: Unión Europea*, n.º 74, 31 de octubre de 2019, Ed. Wolters Kluwer, pp. 1–21.
- Álvarez González, S., “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, *Revista de Derecho Civil*, II, 4, 2015, pp. 7–28.
- Álvarez González, S., “Sobre la aplicación de Convenios internacionales y Reglamentos europeos en Derecho interregional”, *AEDIPr*, t.XVIII, 2018, pp. 127–161.
- Álvarez González, S., “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1 (enero–marzo, 2022), Estudios, pp. 1–34.
- Castellanos Ruiz, E. y Álvarez Rubio, J. J., *La vecindad civil y la aplicación del derecho foral a los extranjeros*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023.
- Correia, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000.
- Goñi Urriza, N., “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primeira) de 9 de septiembre de 2021, UM, C–277/20”, *CDT*, 2022, vol.14, 1, 2022, pp. 736–743.
- Iglesias Buigues, J.L., “Comentario al art. 33” in José Luis Iglesias Buigues y Guillermo Palao Moreno, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 355–373.
- Lara Aguado, A., “*Requiem* por las calificaciones internas en el marco del reglamento (ue) 650/2012 e invalidez de la *professio iuris* anticipada limitada a un pacto sucesorio relativo a un único bien [sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 9 de septiembre de 2021]”, en “Crónica de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 42, 2021, pp. 29–33.
- Machado, J. Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ªed, Coimbra, Almedina, 1988.
- Mota, H., “A remissão a um ordenamento plurilegislativo de base territorial no direito internacional privado da União Europeia: uma oportunidade perdida?”, in Gustavo Ferraz de Campos Mónico e Maria Rosa Guimarães Loula (Coord.), *Homenagem aos 70*

- anos do Professor Catedrático Rui Moura Ramos*, vol.I. Estudos de Direito Internacional Privado e Direito Privado Comparado, S.Paulo, Quartier Latin, 2021, pp. 283–309.
- Mota, H., “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, FDUP/CIJE, Fevereiro 2014, <http://www.cije.up.pt/revistared>.
- Mota, H., “A validade formal das disposições por morte feitas por escrito no âmbito do Regulamento das Sucessões Internacionais e a revogação tácita do art. 2223.º do Código Civil”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, [H.Mota, J.Ferraz Coutinho, M.R.Guimarães, M.Pestana de Vasconcelos, P. de Tarso Domingues, R.Teixeira Pedro (Coord.)], volume I, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 593–611.
- Patrão, A. “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões: determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, reenvio para a lei de um Estado-Membro e utilização da cláusula de excepção”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 94, tomo 2, 2018, pp. 1171–1200.
- Perreau-Saussine, L., “Qualification de “pacte successoral” et champ d’application du règlement européen n°650/2012 sur les successions internationales. CJUE, 9 sept. 2021, aff.C-277/20”, *RCDIP*, 2022-2, pp. 402–409.
- Quinzá Redondo, P., “Comentario al art. 38” en José Luis Iglesias Buigues y Guillermo Palao Moreno, *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Quinzá Redondo, P., “Comentario al art. 36” en José Luis Iglesias Buigues y Guillermo Palao Moreno, *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 291–301.
- Ramos, R. Moura, “O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia”, in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, IUC, 2016, pp. 237–287
- Ramos, R. Moura, “S.T.J. – Acórdão de 16 de Maio de 2028 (*Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional*), *RLJ*, n.º 4020, Ano 149.º, Jan.Fev. 2020, pp. 210–247.
- Rodríguez-Uría 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 (STJ 9 de septiembre de 2021, Asunto C-277/20: UM)” *La Ley: Unión Europea*, 98, 2021
- Sánchez Lorenzo S.A., “Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Comentarios”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp 755–760.
- Santos, A. Marques dos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1991.
- Wautelet, P., “Article 30” en A. Bonomi y P. Wautelet *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 469–478.

Indebido emplazamiento del demandado como motivo de vulneración del orden público español y denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2023

Javier J. IZQUIERDO y Marta ROBLES *

SUMARIO. I. Introducción. II. Vulneración de normas imperativas del foro sobre la protección a los consumidores y usuarios es contraria al orden público español. III. Indebido emplazamiento del demandado en el procedimiento arbitral: régimen aplicable y vulneración del orden público español. IV. Consideraciones adicionales sobre la vulneración del orden público español: del deber de motivación de las resoluciones y el criterio del vencimiento objetivo en materia de imposición de costas. V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La tendencia de los tribunales superiores de justicia españoles, liderados por el de Madrid, de reconocer, con la mayor amplitud posible, cualquier laudo arbitral extranjero, ha experimentado un punto de inflexión con el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (“TSJ de Madrid”) de 31 de octubre de 2023. Al contrario que sus predecesores, este Auto deniega el reconocimiento en base a la vulneración del orden público español, concepto cada vez más restringido a raíz de determinadas resoluciones el Tribunal Constitucional dictadas en 2015 que sancionaron la práctica, hasta ese momento habitual, de denegar el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros sobre la base de ese motivo.

Por ello, rechazar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero es ahora algo totalmente excepcional, solo procedente en caso de que concurran motivos graves de oposición que, sin equívocos, conduzcan a afirmar que el orden público español ha sido vulnerado. Eso es lo que sucede, precisamente, en el caso analizado, en el que, sin perder de vista esa restricción del concepto, el TSJ de Madrid analiza porqué, alejándose de sus últimas resoluciones, en este supuesto sí debe evitar que el laudo despliegue

* Socio y Asociada Senior Departamento de Litigación de Squire Patton Boggs (UK) LLP.

efectos en nuestro país. Y ello se debe, en particular, a que la vulneración del orden público afecta a una de las cuestiones esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal: el emplazamiento del demandado, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa y comparecer en el proceso (en nuestro caso, arbitral).

Analizando principios como el de la mayor flexibilidad del régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral, o conceptos como el de la rebeldía estratégica y el formalismo enervante (que es el que concurre cuando el rigor formal vulnera, como en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva), el TSJ de Madrid concluye que el laudo en cuestión no puede ser reconocido. Y lo hace también teniendo en cuenta otros aspectos de interesante relevancia concurrentes en el procedimiento de origen e igualmente contrarios al orden público español: la no necesidad de motivación del laudo en caso de que el demandado no compareciese, y la imposición de costas al demandado fuese cual fuese el resultado del arbitraje (es decir, independientemente de que, en su caso, todas las pretensiones frente al demandado fuesen desestimadas).

En todo caso, antes de analizar las anteriores consideraciones del Auto, determinantes todas ellas de la denegación del reconocimiento, la resolución que nos ocupa incluye otras que, igualmente, merecen cierto análisis, al referirse a la necesidad de respetar las normas imperativas del foro; en concreto, aquellas cuyo objeto sea la protección de los consumidores y usuarios. Aunque el Auto concluye la inexistencia de relación alguna de consumo, repasa la jurisprudencia (sobre todo comunitaria) en esta materia, y sienta las bases para articular, en su caso, de manera correcta, la oposición al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero cuando la relación subyacente entre las partes sea de consumo.

II. VULNERACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DEL FORO SOBRE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ES CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL

En el caso que analizamos, la demandada opuso, como primer motivo de denegación del reconocimiento del laudo, que el convenio arbitral era inválido en los términos del art. V.1º de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (el “Convenio de Nueva York”), al haberle sido impuesto en una relación desequilibrada en la que ostentaba la condición de consumidora. Aunque ya adelantamos que el TSJ de Madrid concluye que ello no es así, ya que el laudo deriva de una relación profesional entre aquella y el

demandante (a su vez, solicitante del reconocimiento), el tribunal hace una serie de reflexiones de importante consideración.

La primera, consistente en que una alegación como la expuesta debe reconducirse al motivo de oposición referido a la vulneración del orden público –art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York, pues lo que realmente se cuestiona es la vulneración de normas imperativas en materia de consumidores y usuarios, y no tanto la validez del convenio arbitral.

En todo caso, el TSJ recuerda¹ que, en caso de encontrarnos ante un arbitraje de consumo, es obligación del tribunal nacional, en sede de reconocimiento (o bien de aquel tribunal que, en su caso, conozca de un recurso de anulación del laudo), analizar de oficio el contenido del convenio arbitral para valorar su posible abusividad, en línea con las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Y ello, aunque el consumidor en cuestión no invoque el carácter abusivo del pacto de arbitraje.

Añade el TSJ de Madrid que, por tanto, un convenio arbitral que contenga una cláusula abusiva, o sea en su esencia abusivo, se opone al orden público español en tanto que el mismo se subsume dentro del ámbito jurídico comunitario, en el que el art. 6.1º² de la citada Directiva es de aplicación imperativa. Dicha norma, en todo caso, está traspuesta en nuestro ordenamiento a través de los preceptos aplicables del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Con estas consideraciones el TSJ aclara y dota de contenido adicional a resoluciones dictadas recientemente en materia de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en tanto que, en las mismas, aunque siempre deja claro que el orden público es el criterio excepcional que podría determinar denegar el reconocimiento, parecía que lo afirmaba a efectos exclusivamente teóricos, pero no prácticos. De esta manera el TSJ de Madrid da sentido a esa reflexión y nos recuerda que, cuando haya normas imperativas claramente vulneradas, no cabe duda de que el orden público español se vulnera y, por tanto, sí procede denegar el reconocimiento. Es de prever, de hecho, que así lo hubiese hecho en este caso, sobre la base de lo

¹ Lo hace remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; entre otras, y otorgándole especial importancia, a la STJUE 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (C-1685/05. EU:C: 2006:675)

² “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

anterior, de no ser indiscutible que la relación entre demandante y demandada no era de consumo.

En relación con lo anterior, el TSJ de Madrid aprovecha para recordar qué debe entenderse por consumidor, dejando sentado que no es un concepto amplio sino, al contrario, restrictivo, y que, como señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), lo que debe valorarse es

“la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras”³.

De esta manera, el Auto que analizamos es también relevante a efectos de valorar esta causa de oposición al reconocimiento –vulneración de normas imperativas en materia de protección de consumidores y usuarios como vulneración del orden público español–, pues viene a decir que no se admitirá abuso de derecho en este sentido: el concepto de consumidor es restrictivo, y no puede caerse en el error de entender que, a la luz de la posición del TSJ de Madrid, cualquier resquicio de duda al respecto del posible desequilibrio y abusividad de algún aspecto de la relación entre las partes en el arbitraje, pueda dar lugar, sin mayor consideración, a que se deniegue el reconocimiento del laudo.

Aquí es donde entra de nuevo el ya tantas veces estudiado concepto del *favor recognitionis* al que también se remite el Auto estudiado, y que determina que el proceso de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sea, en principio, meramente homologador, de tal forma que se favorezca el reconocimiento en un sentido amplio. Ello, claro está, salvo que el orden público español se vea comprometido, como única causa de fondo, más allá de las formales previstas en el art. V.1º del Convenio de Nuevo York, que podría justificar la denegación del reconocimiento, tal y como sucede en este caso. Lo vemos a continuación.

III. INDEBIDO EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: RÉGIMEN APLICABLE Y VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL

La esencia del Auto estudiado es la denegación del reconocimiento por el motivo referido: entiende que se vulnera el orden público español y, en concreto, el derecho de defensa de la demandada, en tanto que se le impidió

³ STJUE 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*)

acceder a la jurisdicción (en su caso, arbitral) y defenderse, sobre la base de lo que se denomina “formalismo enervante” –esto es, la interpretación rígida y contraria al principio *pro actione* de cualesquiera circunstancias concurrentes en el caso que afecte al derecho a obtener una tutela judicial efectiva–⁴.

El supuesto de hecho es el siguiente: se intentó notificar de manera fehaciente, sin éxito, el inicio del procedimiento arbitral a la demandada una única vez, en el que constaba como su domicilio en el contrato que vinculaba a las partes. Así, aunque el TSJ de Madrid señala que

“en el ámbito del arbitraje –más flexible que el jurisdiccional–, un solo intento fehaciente de notificación de la demanda arbitral pueda ser suficiente para subvenir a las exigencias del derecho de defensa del demandado”, añade que “puede no serlo en según qué circunstancias, [pues] un solo intento fallido puede no constituir una indagación razonable, por insuficiente para subvenir al propósito de notificar personalmente la pendencia del arbitraje”,

Y es que, en efecto, en este caso, aunque en la cláusula arbitral constaba un determinado domicilio a efectos de notificaciones de la demandada, en el contrato en el que se incluía esa cláusula arbitral constaban otros varios domicilios en los que poder emplazarla (desde su domicilio profesional hasta un domicilio adicional a efectos de correspondencia, además de direcciones de correo electrónico y números de teléfono).

Lo anterior debe tomarse en consideración con otra cuestión que el TSJ de Madrid entiende que es esencial a efectos de adoptar su decisión: en el contrato, en relación con el Derecho polaco que resultaba de aplicación, se preveía que la rebeldía o no oposición de la demandada llevaba aparejada “dar por buenos los hechos y alegatos jurídicos del actor, aceptando su pretensión, sin necesidad de otra justificación al laudar”.

Como señala el TSJ de Madrid, ello implica contravenir el deber de motivación de los laudos previsto en el art. 37.4⁹⁵ de Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“Ley de Arbitraje”), en tanto norma de orden público procesal. Ello, unido a la indefensión sufrida por la demandada, a quien debería haberse intentado emplazar en más de una ocasión, teniendo

⁴ El Auto se remite la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su página 13, la cual señala, entre otros, que concurre formalismo enervante cuando el intérprete de una norma procesal no se ajusta al estricto canon que impone el principio *pro actione*, el cual exige controlar aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso (FJ 4º STC 140/2021, de 12 de julio)

⁵ “El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

en cuenta las particularidades del asunto y la existencia de varios domicilios para localizarla (además de otros datos), determinan que el TSJ de Madrid entienda vulnerado el orden público español, por infracción del art. 24 de la Constitución y del derecho de defensa de la demandada.

Para llegar a esa conclusión, el TSJ de Madrid analiza primero el régimen español aplicable a los actos de comunicación y, en particular, al emplazamiento del demandado, recordando en todo caso *“la mayor flexibilidad inherente al régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral como expresión de la libertad contractual que está en la base del arbitraje mismo”*. Ahora bien, como igualmente apunta el TSJ de Madrid, *“nuestro ordenamiento no consiente un laudo dictado sin la radical y suficiente observancia de tales principios”*.

Así, se remite al art. 5 LA, el cual refleja esa especialidad del régimen de notificaciones en sede arbitral y la importancia que la autonomía de la voluntad de las partes tiene en el arbitraje. Ello, *a priori*, permite una mayor flexibilidad al analizar si se ha respetado el derecho de defensa del justiciable en materia de notificaciones y si, entre otros, concurre la llamada *“rebeldía estratégica”*, en la que el interesado llega a conocer el acto o resolución en cuestión por cualquier medio, de tal forma que pudo defenderse, pero decidió no hacerlo por negligencia o mala fe⁶.

De este modo, el Auto que nos ocupa recuerda que esa trascendencia de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral *“no obsta a que, aunque las partes hayan pactado un régimen especial de notificaciones, pueda y deba ser aplicado el propio art. 5.a) LA, en particular en lo que concierne a la necesidad de realizar una indagación razonable para el caso de que no constare domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección del destinatario de la comunicación”*.

Es decir, el TSJ de Madrid consagra que, según el caso y sus particularidades, debe ponderarse si se ha respetado, de manera efectiva y no solo formal, el derecho de defensa del interesado por lo que se refiere a su derecho de acceso a la jurisdicción, sin perjuicio de que sea un procedimiento arbitral en el que, en principio, el enjuiciamiento de las notificaciones es más flexible: *“lo esencial es analizar, en las circunstancias de cada caso, si la institución arbitral realiza una actividad suficiente para posibilitar la defensa del demandado”*⁷.

En consecuencia, la conclusión alcanzada por el Auto es que ha existido un evidente déficit de notificación del procedimiento arbitral, con radical

⁶ SSTC 101/1990, de 4 de junio, FJ 1; 126/1996, de 9 de julio, FJ 2; 34/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2; y 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2.

⁷ Entre muchas, ROJ STSJ M 209/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:209.

incidencia en el derecho de defensa de la demandada, “particularmente patentizado por las circunstancias concurrentes en el caso: no motivación del Laudo arbitral y preceptiva imposición de las costas a la demandada, por el solo hecho de serlo, contenida en la cláusula arbitral”.

Nos referimos a estas dos cuestiones (ausencia de motivación e imposición obligatoria de costas a la demandada) en el siguiente apartado.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL: DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y EL CRITERIO DEL VENCIMIENTO OBJETIVO EN MATERIA DE IMPOSICIÓN DE COSTAS

Aunque el Auto que nos ocupa no ahonda especialmente en ambas cuestiones, sí deja sentadas ciertas consideraciones que son igualmente relevantes, de cara a valorar la posibilidad de que se deniegue el reconocimiento (al menos, parcial) de un laudo arbitral extranjero. En concreto, cuando del mismo se desprenda una falta de motivación que contravenga el ya referido art. 37.4º LA, y cuando la imposición de costas contravenga lo regulado al respecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere al deber de motivación del laudo, es abundante la doctrina y jurisprudencia que, aunque referida normalmente a resoluciones judiciales, exige “*la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo*”⁸. Así, un laudo que, como el que nos ocupa, no incluya justificación alguna de su decisión, sea por el motivo que sea –en el caso analizado, en atención a que el Derecho polaco, en relación con lo previsto en el contrato, permitía dar por buenos, sin más, los alegatos del demandante en caso de ausencia de defensa de la demandada– sería contrario al orden público español, provocando indefensión.

Y lo mismo cabe decir respecto de aquellos laudos que prevean la imposición de costas, en cualquier y todo caso, a la parte demandada. Respecto de esta cuestión, el ATSJ Madrid sí hace alguna consideración adicional. En particular, para recordar el carácter indisponible de los pactos sobre costas y su incidencia en el derecho de acceso a la jurisdicción –también, a la jurisdicción arbitral–, pues “*la imposición de costas incide en el derecho de acceso a la Jurisdicción (...) –o al arbitraje– que ha de ser respetado sin imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones si no existe previsión legal de los mismos ni, caso de tener fundamento legal, olvidando las exigencias de*

⁸ STS Civ 1ª 18 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6358).

motivación”⁹. En otras palabras: cualquier pacto de costas que contravenga el principio del vencimiento objetivo previsto en nuestro ordenamiento, con el fin de obstaculizar o limitar al derecho de acceso a la jurisdicción, incluida la arbitral, será contrario al orden público español con incidencia en el derecho de defensa del demandado.

V. CONCLUSIÓN

El TSJ Madrid, en su Auto de 23 de octubre de 2023, se aparta de sus resoluciones previas en las que, quizás con demasiada flexibilidad, convertía casi en automático el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros sobre la base del principio del *favor recognitionis* y la restricción del concepto de orden público español, a efectos de entenderlo vulnerado.

En este caso, por ser flagrante la indefensión sufrida por la demandada (y la que podría haber sufrido, de haber actuado en condición de consumidora), el TSJ de Madrid no tiene otra opción que denegar el reconocimiento, apoyándose, en todo caso, en lo que en sus resoluciones previas tildaba de absolutamente excepcional: entiende que se vulnera el orden público español, como única causa que, lo cierto, es que el TSJ de Madrid sí tenía reiterado que podía justificar la denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, si bien como algo totalmente inusual.

Atendiendo a la tendencia de este tribunal en sus últimas resoluciones, parecía poco probable que pudiese apreciarse la concurrencia de ese motivo de denegación del reconocimiento; más aun cuando el juicio de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero está *a priori* casi asegurado, por ser un procedimiento meramente homologador de la resolución en cuestión. También, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional fue especialmente severo al restringir la posibilidad de denegar el reconocimiento de resoluciones extranjeras con base en ese motivo.

Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase al respecto, no era tan raro que los diferentes tribunales superiores de justicia denegasen el reconocimiento siendo extensivos en el análisis de la vulneración del orden público español. Precisamente por ello, el Auto que hemos analizado resulta especialmente relevante, pues sirve, de un lado, para poner de manifiesto que, en efecto, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en España no es automático y, de otro, para matizar que el orden público español,

⁹ Entre muchas, SSTC172/2009, FJ 3; 25/2006, de 30 de enero, FJ 2, y 107/2006, de 3 de abril, FJ 3; y ATC 181/2007, de 12 de marzo, FJ 6.

aunque sea un concepto cada vez más restringido a raíz de la referida postura del Tribunal Constitucional, sí puede ser vulnerado por una resolución extranjera, y sí puede dar lugar, cuando esa vulneración sea indiscutible, a la denegación del reconocimiento.

El Auto de referencia expone así, en una misma resolución, varios motivos a tener en cuenta de cara a formular oposición al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, desviando una tendencia que parecía que continuaría y en base a la que esperar la denegación del reconocimiento de alguna de estas resoluciones, parecía más bien una utopía que una realidad. El TSJ de Madrid corrige así esa percepción que pudiésemos tener los justiciables, para avisar de que, lejos de ser algo automático, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros pasa por un pormenorizado análisis de ajuste al ordenamiento jurídico español y el orden público.

Textos legales

Unión Europea

1. MEDIDAS ADICIONALES PARA EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS DECISIONES DE RETORNO Y LA AGILIZACIÓN DE LOS RETORNOS (24 marzo 2023)

El DO L 86 de 24.3.2023 publica la *Recomendación (UE) 2023/682 de la Comisión de 16 de marzo de 2023 sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno y la agilización de los retornos al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo C/2023/1763*. A la vista de los retos persistentes en el ámbito del retorno, y a la espera de la conclusión de las negociaciones legislativas, en particular sobre la propuesta de refundición de la Directiva 2008/115/CE, se recomiendan medidas adicionales para seguir mejorando la aplicación efectiva y eficiente del marco jurídico vigente.

1. Antecedentes

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo tiene por objeto establecer un sistema común de la UE para los retornos que combine estructuras más sólidas dentro de la Unión con una cooperación más eficaz con terceros países en materia de retorno y readmisión, como parte de un enfoque global de la gestión de la migración. Este enfoque reúne todas las políticas en los ámbitos de la migración, el asilo, la integración y la gestión de las fronteras, reconociendo que la eficacia global depende de los avances en todos los frentes. Un proceso de migración más rápido y sin fisuras y una gobernanza más sólida de las políticas de migración y fronteras, la cooperación con terceros países, en particular en lo que respecta a la aplicación de los acuerdos y convenios de readmisión de la UE, respaldados por sistemas informáticos modernos y el apoyo de las agencias pertinentes de la UE, fomentarán un proceso de retorno más eficaz y sostenible.

El Consejo Europeo ha subrayado sistemáticamente la importancia de una política de la Unión uniforme, exhaustiva y eficaz en materia de retorno y readmisión, y ha pedido una actuación rápida para garantizar la eficacia de los retornos desde la Unión acelerando los procedimientos correspondientes. El Consejo Europeo también ha invitado a los Estados miembros a reconocer mutuamente sus decisiones de retorno.

La Comunicación de la Comisión, de 10 de febrero de 2021, titulada «El refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión como parte de una política migratoria de la UE justa, eficaz y general» identificó los obstáculos que dificultan el retorno efectivo e indicó que, para superarlos, es necesario mejorar los procedimientos para reducir la fragmentación de los enfoques nacionales, así como una cooperación más estrecha y una solidaridad reforzada entre todos los Estados miembros. El mecanismo de evaluación y seguimiento de Schengen establecido por el Reglamento (UE) 2022/922 del Consejo y la información recopilada a través de la Red Europea de Migración creada por la Decisión 2008/381/CE del Consejo han permitido realizar una evaluación exhaustiva de la manera en que los Estados miembros aplican la política de la Unión en materia de retorno y determinar las lagunas y obstáculos existentes.

A la vista de los retos persistentes en el ámbito del retorno, y a la espera de la conclusión de las negociaciones legislativas, en particular sobre la propuesta de refundición de la Directiva 2008/115/CE, se recomiendan medidas adicionales para seguir mejorando la aplicación efectiva y eficiente del marco jurídico vigente.

Unos vínculos más estrechos entre los procedimientos de asilo y retorno y unos procedimientos rápidos en las fronteras exteriores de los Estados miembros pueden aumentar considerablemente la eficiencia del retorno. Cuando no sea aplicable la excepción a la aplicación de la Directiva 2008/115/CE prevista en el art. 2, ap. 2, letra a), es necesario acelerar, dentro del marco legislativo actual, en particular el retorno efectivo de los nacionales de terceros países cuya

solicitud de protección internacional haya sido denegada y para los casos en las inmediaciones de las fronteras exteriores de los Estados miembros, a través de un proceso de retorno más rápido, siempre que se garantice el respeto de sus derechos fundamentales durante todo el proceso de retorno.

2. Reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno

Con el fin de facilitar y acelerar el proceso de retorno, el Estado miembro responsable del retorno de un nacional de un tercer país en situación irregular debe reconocer mutuamente toda decisión de retorno dictada previamente a la misma persona por otro Estado miembro, a menos que se haya suspendido el efecto de dicha decisión de retorno. A tal efecto, los Estados miembros deben:

a) hacer pleno uso de la información compartida a través de las descripciones sobre retorno en el Sistema de Información de Schengen establecido en el Reglamento (UE) 2018/1860;

b) garantizar que las impresiones dactilares estén disponibles para su inclusión en una descripción de conformidad con el art. 4 del Reglamento (UE) 2018/1860;

c) verificar sistemáticamente en el Sistema Automático de Identificación Dactilar del Sistema de Información de Schengen si un nacional de un tercer país en situación irregular es objeto de una descripción sobre retorno en el Sistema de Información de Schengen;

d) garantizar que las autoridades nacionales responsables del retorno cooperen estrechamente con la oficina Sirene nacional teniendo en cuenta su función, establecida por el Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y su papel en el intercambio de información de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1860;

e) cooperar y, cuando sea necesario, intercambiar información complementaria para facilitar el reconocimiento y la ejecución de la decisión de retorno;

f) examinar la situación del nacional de un tercer país de que se trate tras haber oído a dicha persona para garantizar el cumplimiento del Derecho nacional y del art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, antes de reconocer una decisión de retorno dictada por otro Estado miembro y antes de la expulsión. Especialmente en el caso de los menores, el Estado miembro encargado de la ejecución debe garantizar que se tenga debidamente en cuenta el interés superior del menor;

g) notificar por escrito al nacional de un tercer país sujeto a una decisión de retorno dictada por otro Estado miembro el reconocimiento de dicha decisión. La notificación debe reiterar los motivos de hecho y de derecho previstos en la decisión de retorno y proporcionar información sobre las vías de recurso disponibles;

h) informar inmediatamente al Estado miembro emisor de la expulsión del nacional de un tercer país de que se trate, de modo que el Estado miembro emisor pueda actualizar el Sistema de Información de Schengen de conformidad con el art. 24, ap. 1, letra b), del Reglamento (UE) 2018/1861.

III. Agilizar los retornos

Con el fin de agilizar los procedimientos de retorno, los Estados miembros deben establecer una estrecha cooperación entre las autoridades responsables de las decisiones que pongan fin a la estancia legal y aquellas responsables de la emisión de decisiones de retorno, incluyendo el intercambio periódico de información y la cooperación operativa, sobre la base del enfoque integrado y coordinado propuesto en la Recomendación (UE) 2017/432.

Para garantizar la disponibilidad oportuna de la información sobre la identidad y la situación jurídica de los nacionales de terceros países sujetos a una decisión de retorno, necesaria para supervisar y dar seguimiento a los casos individuales, y para establecer y mantener un mapa de

la situación nacional en materia de retorno, se invita a los Estados miembros a establecer, sin demora, un sistema informático global de gestión de casos de retorno, basado en el modelo desarrollado por Frontex de conformidad con el art. 48, ap. 1, letra c), del Reglamento (UE) 2019/1896. Los Estados miembros también deben hacer pleno uso de los sistemas de gestión de casos de readmisión establecidos para fomentar la aplicación de acuerdos o convenios de readmisión con terceros países.

Para garantizar que una resolución denegatoria respecto a una solicitud de protección internacional dé lugar a un procedimiento de retorno sin demora, los Estados miembros deben:

- a) establecer un canal de comunicación directo y normalizado entre las autoridades de asilo y de retorno para una coordinación fluida entre los dos procedimientos;
- b) emitir en el mismo acto, o en actos separados al mismo tiempo o inmediatamente después uno del otro, una decisión de retorno y una resolución denegatoria de una solicitud de protección internacional, haciendo el mejor uso posible de las disposiciones del art. 6, ap. 6, de la Directiva 2008/115/CE;
- c) prever la posibilidad de interponer recursos contra la resolución denegatoria de la solicitud de protección internacional y la decisión de retorno al mismo tiempo y ante el mismo órgano jurisdiccional, o la posibilidad de recurrir ambas decisiones en el mismo plazo;
- d) prever la suspensión automática de la ejecución de las decisiones de retorno durante un procedimiento de recurso solo en la medida en que sea necesario para cumplir lo dispuesto en el art. 19, ap. 2, y en el art. 47 de la Carta;
- e) adoptar medidas para garantizar que pueda ejercerse una vía de recurso desde un tercer país, en particular a través de una representación legal adecuada y haciendo uso de herramientas innovadoras como la videoconferencia, siempre que se respete el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para garantizar retornos más rápidos en las proximidades de las fronteras exteriores, los Estados miembros deben:

- a) crear equipos móviles de apoyo que reúnan a todas las autoridades competentes para el retorno voluntario y forzoso y a los servicios de apoyo pertinentes, incluidos intérpretes, servicios sanitarios, asesoramiento jurídico y trabajadores sociales;
- b) establecer instalaciones adecuadas (en particular para los niños y las familias) en las proximidades de la zona fronteriza exterior que respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos los derechos a la vida privada y familiar y la no discriminación, para acoger a nacionales de terceros países en espera de retorno;
- c) cuando proceda, hacer pleno uso de los procedimientos acelerados previstos en los acuerdos de readmisión celebrados entre la Unión o los Estados miembros y terceros países, respetando al mismo tiempo las garantías procesales de conformidad, en particular, con el art. 47 de la Carta;
- d) de conformidad con el art. 3, aps. 1 y 2, del Reglamento (UE) 2018/1860, introducir una descripción sobre retorno en el Sistema de Información de Schengen cuando no sea posible ejecutarlo inmediatamente.

Los Estados miembros deben confiar en la asistencia prestada por Frontex y utilizarla en la medida de lo posible, incluido su apoyo operativo a las autoridades nacionales, la ayuda para la identificación de los retornados y la obtención de documentos de viaje, la organización de operaciones de retorno y el apoyo a la salida voluntaria y la reintegración.

IV. Incentivos al retorno voluntario

Para animar a los nacionales de terceros países en situación irregular a retornar voluntariamente, los Estados miembros deben establecer estructuras de asesoramiento en materia de retorno y reintegración para proporcionarles información y orientación lo antes posible y canalizarles hacia un programa de retorno voluntario asistido y reintegración. Los Estados miembros deben garantizar que también se facilite información sobre el retorno durante el proceso de asilo, ya que el retorno es un posible resultado en caso de que se deniegue la solicitud de protección internacional.

Además, los Estados miembros deben:

a) considerar la posibilidad de abstenerse de dictar una prohibición de entrada a los nacionales de terceros países que cooperen con las autoridades competentes y se inscriban en un programa de retorno voluntario asistido y reintegración, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 11, ap. 1, de la Directiva 2008/115/CE; en tales casos, los Estados miembros deben prorrogar el plazo para la salida voluntaria, según proceda, de conformidad con el art. 7, ap. 2, de la Directiva 2008/115/CE;

b) establecer un procedimiento operativo en la práctica y de fácil acceso para que el nacional de un tercer país sujeto a una prohibición de entrada que haya abandonado el territorio de un Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno dentro del plazo concedido para la salida voluntaria pueda solicitar la revocación, suspensión o acortamiento de dicha prohibición, de conformidad con el art. 11, ap. 3, de la Directiva 2008/115/CE.

V. Un enfoque global para prevenir la fuga

Con el fin de establecer un proceso racionalizado y coordinado, los Estados miembros deben establecer un enfoque global que incluya los siguientes instrumentos clave para evaluar y prevenir el riesgo de fuga:

- a) criterios objetivos para evaluar la existencia del riesgo de fuga en cada caso concreto;
- b) alternativas eficaces al internamiento que correspondan a los distintos niveles de riesgo de fuga y las circunstancias individuales;
- c) el internamiento como medida de último recurso y por un período lo más breve posible, de conformidad con el art. 15 de la Directiva 2008/115/CE y el art. 6 de la Carta.

Para evaluar si existen razones para creer en un caso concreto que un nacional de un tercer país que sea objeto de un procedimiento de retorno puede fugarse en el sentido del art. 3, punto 7, de la Directiva 2008/115/CE, los Estados miembros deben introducir en la legislación nacional los criterios objetivos a que se refieren, respectivamente, los puntos 15 y 16 de la Recomendación (UE) 2017/432. Los Estados miembros deben prever una amplia gama de alternativas al internamiento que sean eficaces para evitar la fuga de los nacionales de terceros países en situación irregular y que estén orientadas a las circunstancias individuales de las personas afectadas. Los Estados miembros deben establecer procedimientos adecuados para garantizar que los nacionales de terceros países cumplan dichas medidas. Deben preverse medidas eficaces pero menos coercitivas que el internamiento, que pueden incluir:

- a) la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades competentes, desde cada 24 horas hasta una vez por semana, en función del nivel de riesgo de fuga;
- b) la obligación de entregar el pasaporte, el documento de viaje o el documento de identidad a las autoridades competentes;

- c) la obligación de residir en un lugar designado por las autoridades, como una residencia privada, un refugio o un centro especializado;
- d) la obligación de comunicar un domicilio a las autoridades competentes y notificar cualquier modificación de dicho domicilio;
- e) el depósito de una garantía financiera adecuada;
- f) el uso de tecnologías innovadoras.

Los Estados miembros deben garantizar que la capacidad de internamiento esté en consonancia con las necesidades reales, teniendo en cuenta el número de nacionales de terceros países en situación irregular sujetos a una decisión de retorno y el número estimado de los que se espera que sean retornados a medio plazo.

VI. Aplicación, seguimiento y presentación de informes

Al aplicar la presente Recomendación, los Estados miembros deben apoyarse en la ayuda prestada a escala de la Unión y utilizarla plenamente, en particular:

- a) el Coordinador de Retorno de la UE y la Red de Alto Nivel para el Retorno;
- b) el apoyo de las agencias competentes de la Unión, en particular Frontex, la Agencia de Asilo de la Unión Europea, eu-LISA y la Agencia de los Derechos Fundamentales;
- c) los conocimientos especializados y la información recabada e intercambiada en redes y grupos de la Unión que se ocupan de cuestiones de retorno.

A efectos del seguimiento de la aplicación de la presente Recomendación, se invita a los Estados miembros a que informen anualmente a la Comisión, en particular sobre el número de decisiones de retorno de otros Estados miembros que hayan sido mutuamente reconocidas.

2. NUEVA ORDENACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS FINANCIEROS CELEBRADOS A DISTANCIA (22 noviembre 2023)

El DO L 28.11.2023 publica la *Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE*. Este texto simplifica la legislación vigente, aumenta la protección de los consumidores y crea unas condiciones de competencia equitativas para los servicios financieros celebrados en línea, por teléfono o a través de otras formas de comercialización a distancia.

I. Antecedentes

A fin de garantizar un nivel coherente de protección de los consumidores en toda la Unión y de evitar divergencias que dificulten la celebración de contratos de servicios financieros en el mercado interior, se consideró necesario establecer normas que proporcionen seguridad jurídica y transparencia a los comerciantes, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y que ofrezcan a los consumidores en todos los Estados miembros derechos y obligaciones con fuerza jurídica obligatoria.

La Directiva 2011/83/UE, al igual que la Directiva 2002/65/CE, preveía un derecho a información precontractual y un derecho de desistimiento para algunos contratos celebrados a distancia con consumidores. Sin embargo, la complementariedad entre dichas Directivas era

limitada, ya que la Directiva 2011/83/UE no regulaba los servicios financieros, que se definían en ella como todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago. En este contexto, una cuenta de ahorro-vivienda y un contrato de crédito al consumo deben considerarse servicios financieros. La venta de bienes tales como los metales preciosos, diamantes, vinos o whiskies no debe considerarse por sí misma un servicio financiero.

La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE para regular los contratos de servicios financieros celebrados a distancia debe garantizar la complementariedad necesaria. Sin embargo, debido a la especial naturaleza de los servicios financieros destinados a los consumidores, en particular, debido a su complejidad, no se consideró adecuado que todas las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE fuesen aplicables a los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores celebrados a distancia. Añadiendo a la Directiva 2011/83/UE un capítulo específico con normas aplicables únicamente a los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores celebrados a distancia, se estima que pueden garantizarse la claridad y la seguridad jurídica necesarias.

Mercado digital, protección digital

La Directiva adoptada deroga el acto legislativo vigente desde 2002 e introduce nuevas disposiciones para los contratos de servicios financieros celebrados a distancia como un capítulo adicional de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores, que protege a los consumidores en todo tipo de prácticas comerciales. Simplifica el marco legislativo, y algunos artículos de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores se aplicarán también a los servicios financieros comercializados a distancia.

II. Contenido

La presente Directiva

- aclara el ámbito de aplicación y el dispositivo de red de seguridad para los servicios financieros;
- mejora las normas sobre divulgación de información y moderniza las obligaciones de información precontractual (dejando a los Estados miembros la posibilidad de imponer normas nacionales más estrictas en este ámbito);
- establece el derecho de los consumidores a solicitar la intervención humana en sitios que muestren herramientas de información automatizadas, como el asesoramiento robotizado o los robots conversacionales (*chatbots*);
- facilita el derecho de desistimiento de los contratos celebrados a distancia a través de una «función de desistimiento» fácil de encontrar en la interfaz del proveedor;
- introduce una protección adicional para los consumidores frente a los elementos engañosos (*dark patterns*) (interfaces de usuario concebidas para persuadir a los usuarios a fin de que hagan cosas no planeadas, como comprar productos que no tenían previsto comprar).

3. NUEVAS NORMAS SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA (8 diciembre 2023)

El Consejo ha allanado el camino para avanzar en la digitalización de los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE y hacerlos más accesibles y eficaces adoptó el 8 de diciembre de 2023 un Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y el acceso a la justicia

y de una Directiva de acompañamiento que facilitarán la comunicación electrónica en el contexto de los procedimientos de cooperación judicial transfronteriza en materia civil, mercantil y penal.

I. Antecedentes

La digitalización en los sistemas judiciales constituye un paso que no solo tiene importancia en los niveles nacionales, sino también, y sobre todo, de cara a la cooperación transfronteriza en esta materia.

El objetivo principal es mejorar el acceso a la Justicia de ciudadanos y empresas, pero también reforzar los sistemas y hacerlos más eficaces, eficientes y resilientes, favoreciendo que puedan hacer frente a retos futuros.

De hecho, la pandemia de Covid-19 puso de manifiesto los desafíos a los que se enfrenta el funcionamiento del poder judicial y evidenció la necesidad de seguir avanzando en su digitalización, lo que permitirá garantizar la continuidad del funcionamiento de los órganos judiciales en casos de fuerza mayor.

II. Digitalización de la Justicia en los países de la UE

La posibilidad de que los ciudadanos puedan realizar por vía electrónica algunos trámites de un procedimiento judicial se ve reflejada en la calidad de los sistemas de Justicia. Algunos países de la UE ya utilizan herramientas digitales en este ámbito, que permiten, entre otras, la posibilidad de presentar demandas por vía electrónica y de hacer un seguimiento de un procedimiento en línea, la notificación electrónica de documentos o el uso de sistemas de videoconferencia para la celebración de audiencias. No obstante, aún existe un considerable margen de mejora en la digitalización de los sistemas judiciales en los países de la UE.

III. Cooperación transfronteriza en materia de Justicia

En lo que respecta a los asuntos judiciales transfronterizos, actualmente, el uso de medios digitales para la comunicación entre autoridades y ciudadanos no está normalizado, especialmente por la falta de canales de comunicación seguros y de reconocimiento de documentos y firmas electrónicas. Con ello, las personas podrán comunicarse con las autoridades en los procedimientos transfronterizos de la UE enviando solicitudes o reclamaciones a través de un punto de acceso electrónico, que también servirá a las autoridades para intercambiar datos de manera segura y permitirá que las partes involucradas participen en las audiencias de manera telemática y que reciban y firmen comunicaciones en formato electrónico.

IV. Plataforma digital para favorecer la colaboración

El Consejo aprobó en abril de 2023 una legislación por la que se establece una plataforma digital para el intercambio de información entre fiscales y jueces que trabajen en equipos conjuntos de investigación (ECI).

Dicha plataforma agiliza y protege la coordinación, el intercambio y el almacenamiento de información y pruebas en los ECI para asegurar una comunicación fiable y fluida y para facilitar la trazabilidad de las pruebas.

V. Nuevas disposiciones

La adopción el 8 de diciembre de 2023 del Reglamento y de la Directiva se produce pocos días después de que los Ministros de Justicia de la UE aprobaran una Estrategia de Justicia en Línea para los años 2024 a 2028. La estrategia brindará orientación a los Estados miembros en la implementación de una amplia gama de iniciativas legislativas y no legislativas que, en conjunto, apuntan a acelerar el proceso de digitalización y el uso de servicios digitales en el ámbito de la justicia.

Gracias a los dos actos legislativos de la UE adoptados, los ciudadanos y sus representantes legales podrán comunicarse con las autoridades (por ejemplo, para presentar reclamaciones, enviar y recibir información relevante) en procedimientos transfronterizos en la UE a través de un punto de acceso electrónico europeo. Las autoridades también podrán comunicarse entre sí e intercambiar datos relacionados con los casos a través de canales digitales seguros y confiables.

Las nuevas reglas permitirán

- la participación de las partes y otras personas relevantes en audiencias orales en procedimientos civiles, comerciales y penales mediante videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia
- comunicación electrónica entre personas físicas o jurídicas o sus representantes y autoridades competentes
- el reconocimiento de documentos con firmas o sellos electrónicos
- el pago de tasas a través de medios electrónicos

VI. Estrategia de justicia electrónica

Además del reglamento y la directiva que el Consejo ha adoptado el 8 de diciembre de 2023, la UE ha patrocinado en los últimos años, varias iniciativas legislativas en el ámbito de la digitalización de la justicia, como el reglamento sobre un sistema informatizado para el sistema electrónico transfronterizo. intercambio de datos en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles y penales (sistema e-CODEX), que proporcionó un marco adecuado para el intercambio de información judicial a través de servicios seguros; el Reglamento de Servicio de Documentos y Toma de Pruebas que establece el uso del sistema informático descentralizado con puntos de acceso interoperables basados en e-CODEX para las comunicaciones relevantes; o el reglamento sobre pruebas electrónicas, que hará más fácil y rápido para las autoridades policiales y judiciales obtener pruebas electrónicas de otro Estado miembro.

Todas estas iniciativas requerirán importantes acciones de seguimiento técnico y administrativo a nivel nacional. Para apoyar a los Estados miembros en esta tarea, el Consejo aprobó recientemente una Estrategia de Justicia Electrónica 2024-2028. La estrategia no sólo describe los principios y objetivos para el desarrollo de la justicia electrónica para los próximos cinco años. También establece acciones que los estados miembros y la UE deberían emprender para lograr estos objetivos.

VII. Actuaciones futuras

El Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la UE y se aplicará 15 meses después de esta entrada en vigor. La Directiva exige su transposición al derecho nacional.

Legislación española

DISPOSICIONES GENERALES

4. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS DE HOMOLOGACIÓN, DE DECLARACIÓN DE EQUIVALENCIA Y DE CONVALIDACIÓN DE ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS DE SISTEMAS EDUCATIVOS EXTRANJEROS (18 OCTUBRE 2022)

El BOE 19.10.2022 publica el *Real Decreto 889/2022, de 18 de octubre, por el que se establecen las condiciones y los procedimientos de homologación, de declaración de equivalencia y de convalidación de enseñanzas universitarias de sistemas educativos extranjeros y por el que se regula el procedimiento para establecer la correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior de los títulos universitarios oficiales pertenecientes a ordenaciones académicas anteriores*. Dicha disposición se articula, según su preámbulo, a partir de la experiencia desarrollada y de la voluntad de resolver los problemas detectados en el ámbito de las homologaciones y declaraciones de equivalencia de los títulos universitarios extranjeros desde cinco principios fundamentales: el rigor académico, la transparencia procedimental, la agilización en la resolución de la instrucción de los procedimientos para garantizar los derechos de la ciudadanía, la modernización y tramitación electrónica y la seguridad jurídica.

I. Objetivos

El objetivo fundamental de este Real Decreto es actualizar y modernizar la ordenación de las condiciones, los requisitos y los procedimientos para el reconocimiento de títulos universitarios obtenidos en sistemas educativos extranjeros.

Actualmente son dos los procedimientos que constituyen el grueso de las solicitudes de titulados extranjeros que cada año llegan a España: la homologación y la declaración de equivalencia de títulos extranjeros. El presente Real Decreto hará que ambos procedimientos se caractericen por su eficiencia y agilidad. Para ello se les dota de un diseño organizativo más ágil, que supone la simplificación de los trámites, acompañado del uso intensivo de tecnologías digitales. Ello facilitará que el tiempo de resolución no supere los seis meses.

Además, en todo momento, la persona interesada podrá consultar en qué estado se encuentra la tramitación de su solicitud, realizando la totalidad de trámites por la vía electrónica.

II. Comisión de Análisis Técnico de Homologaciones y Declaraciones de Equivalencia (CATHDE)

Entre las novedades más relevantes de este nuevo Real Decreto se encuentra la creación de la Comisión de Análisis Técnico de Homologaciones y Declaraciones de Equivalencia (CATHDE). Ésta formulará la propuesta de resolución en el plazo de 2 meses y podrá adoptar medidas de carácter general. Estará compuesta por trece personas (Tres de la Secretaría General de Universidades, dos de ANECA, cuatro Decanos/as o Direcciones de Escuelas universitarias, cuatro elegidas entre profesorado universitario y se renovarán cada 3 años, designadas con el previo acuerdo del Consejo de Universidades).

Dicha Comisión podrá solicitar informes sobre conocimientos y competencias a la ANECA y a profesorado universitario o a personas expertas en el ámbito profesional del título.

Además, no será necesaria una propuesta de la Comisión, cuando se trate de un título expedido por una universidad de algún país que forme parte del Espacio Europeo de Educación Superior o si hay una medida de carácter general.

III. Digitalización de los procedimientos

Otra de las principales novedades que se incorporan es la digitalización de los procedimientos: así, este Real Decreto establece que la totalidad de los trámites de los procedimientos de homologación y declaración de equivalencias serán efectuados por vía electrónica. Las solicitudes, la documentación requerida y las comunicaciones y notificaciones se realizarán en la sede electrónica asociada del Ministerio de Universidades. Las credenciales de homologación y los certificados de declaración de equivalencia se expedirán en soporte electrónico. Así, se logran las garantías técnicas que faciliten un proceso y también la certidumbre para que las personas puedan tener un seguimiento de su proceso de manera ágil, rápida y sobre todo fácil pues podrán hacerlo desde cualquier dispositivo con conexión a internet.

IV. Reducción de los plazos

El Real Decreto reduce el plazo de resolución del procedimiento –máximo de 6 meses–. La norma establece plazos máximos para cada uno de los trámites del procedimiento de homologación y de declaración de equivalencia, con el fin de que sea resuelto en el máximo de 6 meses. Todo este conjunto de medidas, tanto de garantías tecnológicas, como de compromisos en las velocidades del trámite hacen que estos procedimientos administrativos que afectan a tantas personas puedan ser solventados en cortos espacios de tiempo.

En casos concretos, como los que se refieren a las personas beneficiarias de protección internacional por afluencia masiva de personas desplazadas (caso de los ucranianos) se agilizará el procedimiento, y podrán sustituir la documentación exigida por una declaración responsable.

5. LA LEY 20/2022, DE MEMORIA DEMOCRÁTICA ESTABLECE UNA REGLA PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PARA NACIDOS FUERA DE ESPAÑA DE PADRES O MADRES, ABUELAS O ABUELOS, EXILIADOS POR RAZONES POLÍTICAS, IDEOLÓGICAS O DE CREENCIA (20 OCTUBRE 2022)

El BOE 20.10.2022 publica la *Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática* que, entre otras cosas, establece como medida reparadora de las personas que sufrieron el exilio, se dispone en la disposición adicional octava una regla para la adquisición de la nacionalidad española para nacidos fuera de España de padres o madres, abuelas o abuelos, exiliados por razones políticas, ideológicas o de creencia, en la que se da cabida asimismo, en coherencia con los objetivos de esta ley, a los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, así como los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

[...]

Disposición adicional octava. *Adquisición de la nacionalidad española*. 1. Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española, podrán optar a la nacionalidad española, a los efectos del art. 20 del Código Civil. Igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española las personas que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

b) Los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

2. En todos los supuestos, esta declaración deberá formalizarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley. Al terminar este plazo, el Consejo de Ministros podrá acordar su prórroga por un año.

Disposición adicional novena. *Bienes y derechos incautados en el extranjero.* 1. Las disposiciones previstas en la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939, serán de aplicación a los bienes y derechos obtenidos en el extranjero en ejecución del Acuerdo Internacional firmado entre el Estado Español y la República de Francia, el 25 de febrero de 1939 (Acuerdo Bérard-Jordana), la Ley de 30 de enero de 1940 y el Decreto de 6 de mayo de 1940; aun cuando el título de propiedad del Reino de España hubiera venido a ser atribuido por resoluciones administrativas o judiciales de estados extranjeros.

2. Además de los beneficiarios previstos en el art. 3 de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, lo serán también los partidos políticos respecto a los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial o económico que hubiesen pertenecido a personas físicas o jurídicas vinculadas a dichos partidos políticos con carácter fiduciario o bajo cualquier forma de cobertura jurídica sustentada en negocios o pactos de interposición personal.

En el caso de estos bienes inmuebles, se abre un plazo de un año para el ejercicio de derechos y acciones de reclamación que comenzará a partir del día siguiente a la entrada en vigor de la presente ley, según el procedimiento de tramitación y resolución previsto por el art. 6 de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre.

[...]

6. MODIFICACIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA (28 octubre 2022)

El BOE de 28.10.2022 publica la *Orden JUS/1018/2022, de 24 de octubre, por la que se modifica la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia*. La iniciativa contiene la regulación mínima imprescindible para atender a una regulación precisa del procedimiento de solicitud de dispensa y del régimen jurídico de las resoluciones de archivo.

1. Antecedentes

La disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil crea un nuevo procedimiento administrativo para la obtención de la nacionalidad española por residencia.

En desarrollo de dicha disposición y de acuerdo con la disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se dictó el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Por otra parte, conforme a las facultades conferidas por la disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, se dictó la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre,

sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia.

Si bien la citada orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, ha dado cumplida respuesta a la necesidad de disponer de un mayor desarrollo y apoyo para la tramitación y resolución del procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia, han surgido dificultades y cierta inseguridad jurídica respecto a la tramitación de las dispensas de las pruebas del Instituto Cervantes reguladas en el art. 10 de la orden, al no existir un procedimiento detallado que determine el órgano competente para resolver, el plazo del procedimiento, el sentido del silencio, los recursos pertinentes o el momento procesal en que ha de solicitarse la dispensa lo que implica, en muchas ocasiones, la suspensión del procedimiento de nacionalidad hasta la completa tramitación de la dispensa introduciendo una importante disfunción procedimental.

Asimismo, y en relación también con las dispensas, el Instituto Cervantes ha señalado que debe facilitarse el proceso de identificación de los candidatos en la realización de las pruebas de examen de conocimiento del idioma español (DELE) y de conocimientos constitucionales y socioculturales (CCSE) ya que la actual identificación mediante el pasaporte junto con la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE), original y en vigor, resulta muy gravoso ya que la renovación de pasaportes es extremadamente complicada para la mayoría de los ciudadanos extranjeros como consecuencia de las restricciones a la movilidad ocasionadas por la pandemia, cuando no imposible como es el caso de los ciudadanos venezolanos. Además, la enorme disparidad en la forma, contenidos y normas reguladoras de los pasaportes de los distintos países hace que termine no siendo tan fiable la identificación de un ciudadano extranjero mediante el pasaporte como mediante la TIE, que es un documento común a todos los residentes en España.

Por otro lado, han surgido también dificultades respecto a la competencia para resolver los archivos por desistimiento presunto. Hasta la fecha, las resoluciones dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública resolvían el archivo por delegación de la persona titular del Ministerio de Justicia pudiendo interponerse recurso de reposición. Sin embargo, la Audiencia Nacional ha establecido que las resoluciones de la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública por la que se acuerda el archivo de las solicitudes no forman parte de una competencia delegada, sino que se trata de una competencia propia de la persona titular de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública al tratarse de una cuestión procedimental y no de fondo ya que conforme al art. 7.1. b) del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio se atribuye a la citada Dirección General la tramitación de los expedientes de nacionalidad. En consecuencia, se hace necesario modificar el art. 7.3º de la JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, de manera que la resolución dictada ponga fin a la vía administrativa introduciendo el recurso potestativo de reposición en lugar del recurso de alzada.

II. Pretensiones de la reforma

La modificación se adecúa a los principios establecidos en el art. 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En virtud de los principios de necesidad y eficacia está justificada por una razón de interés general como es la mejora del procedimiento de solicitud de dispensa de las pruebas DELE y CCSE y del régimen jurídico de las resoluciones de archivo de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa contiene la regulación mínima imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, esto es, una regulación precisa del procedimiento de solicitud de dispensa y del régimen jurídico de las resoluciones de archivo. En virtud del principio de seguridad jurídica es coherente con el resto del ordenamiento jurídico, en particular con la normativa de recursos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En virtud del principio de transparencia define claramente en su preámbulo los

objetivos que se persiguen. Finalmente, en aplicación del principio de eficiencia no introduce cargas administrativas innecesarias.

En la tramitación de la orden se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia e información pública y se ha sometido a informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

III. Regulación

En su virtud, de conformidad con lo establecido en el art. 61 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre Régimen Jurídico del Sector Público y conforme a las facultades conferidas en el ap. 1 de la disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, y con la aprobación previa de la Ministra de Hacienda y Función Pública, dispongo:

Artículo único. *Modificación de la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia.*

La Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia, queda modificada como sigue:

Uno. El ap. 3 del art. 7 queda redactado en los siguientes términos:

«3. Se concederá un plazo de subsanación de tres meses desde la notificación del requerimiento, para que se subsane la falta o se acompañen los documentos requeridos, significándose que queda suspendido el cómputo del plazo existente para la resolución y notificación del procedimiento iniciado hasta su efectivo cumplimiento o el transcurso del plazo concedido para ello. En dicho requerimiento se indicará que, de no efectuarse la subsanación en el plazo establecido se le tendrá por desistido de la pretensión, y se procederá al archivo del procedimiento por desistimiento tácito del solicitante, dictándose la correspondiente resolución que pondrá fin a la vía administrativa.»

Dos. El ap. 4 del art. 10 queda redactado en los siguientes términos:

«En el momento previo a la realización del examen los responsables de cada centro de examen DELE y CCSE reconocido por el Instituto Cervantes verificarán la identidad de los candidatos requiriendo la exhibición del pasaporte junto a la Tarjeta de identidad de extranjero o Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea o del Documento de Identidad del país de origen en el caso de ciudadanos de la Unión Europea. Excepcionalmente, podrá verificarse la identidad mediante un solo documento identificativo original de los documentos citados en el párrafo anterior siempre que el documento aportado permita la identificación.

La vigencia del certificado CCSE de haber superado esta prueba será de 4 años a contar desde la fecha del certificado.»

Tres. El ap. 5 del art. 10, queda redactado en los siguientes términos:

«De acuerdo con su normativa específica, el Instituto Cervantes ofrecerá actuaciones especiales en la administración de las pruebas DELE y CCSE para las personas con discapacidad, de modo que dispongan de los apoyos y de los ajustes razonables que les permitan concurrir en condiciones de igualdad efectiva.

Las personas que no sepan leer ni escribir o tengan dificultades de aprendizaje podrán solicitar la dispensa de estas pruebas al Ministerio de Justicia que, a la vista de las circunstancias particulares y las pruebas aportadas, resolverá motivadamente. Igualmente, podrá dispensarse de dichas pruebas a los solicitantes que hayan estado escolarizados en España y superado la educación secundaria obligatoria.

La solicitud de dispensa –que podrá subsanarse en los términos del art. 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre– deberá realizarse necesariamente con carácter previo a la solicitud de

nacionalidad por residencia y en modelo normalizado. No podrá iniciarse solicitud de nacionalidad española por residencia mientras no se haya resuelto, expresa o presuntamente, la solicitud de dispensa, a excepción de la solicitud de dispensa de quienes hayan estado escolarizados en España y superado la educación secundaria obligatoria, en cuyo caso podrá presentarse solicitud de nacionalidad por residencia, sin necesidad de solicitud de dispensa, adjuntando la documentación correspondiente, sin perjuicio de la comprobación automática de datos de titulaciones académicas en la instrucción del procedimiento de nacionalidad. En el caso de haberse presentado solicitud de nacionalidad por residencia al mismo tiempo que la solicitud de dispensa, se procederá al archivo de la solicitud de nacionalidad por residencia mediante la correspondiente resolución, que pondrá fin a la vía administrativa.

La solicitud de dispensa deberá resolverse en el plazo máximo de 6 meses desde la presentación de la solicitud mediante resolución de la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que pondrá fin a la vía administrativa. Transcurrido dicho plazo sin que se dicte la correspondiente resolución, las solicitudes se entenderán desestimadas. La resolución podrá dispensar las pruebas DELE y CCSE, denegar la dispensa de dichas pruebas o autorizar pruebas adaptadas ante el Instituto Cervantes. Notificada la correspondiente resolución al interesado, éste la incorporará, en su caso, al expediente de nacionalidad por residencia junto al resto de la documentación.»

[...]

7. LEY 28/2022, DE 21 DE DICIEMBRE, DE FOMENTO DEL ECOSISTEMA DE LAS EMPRESAS EMERGENTES, POTENCIA LOS INCENTIVOS FISCALES, ATRACCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y FIDELIZACIÓN DEL TALENTO (22 diciembre 2022)

El BOE de 22 de diciembre de 2022 publica la *Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes*. Según su preámbulo «En los últimos años, el emprendimiento basado en la innovación va ganando espacio, empujado por el éxito de las empresas digitales que nacieron de pequeños proyectos innovadores, del acceso a un caudal inmenso de conocimientos y datos en internet sobre los que pueden desarrollarse nuevos productos y servicios y por el avance en los conocimientos científicos y técnicos que hacen posible transformar los resultados de la investigación en empresas viables. Esta nueva economía basada en el conocimiento supone una palanca importante de crecimiento y prosperidad, al basarse en actividades de alto valor añadido, tener un alto potencial de crecimiento gracias a la escala que proporcionan los medios digitales, promover la investigación, el desarrollo y la innovación y desarrollar nuevos productos y servicios que facilitan o mejoran procesos sociales, económicos, medioambientales o culturales».

Impulsada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, la norma posiciona a España a la vanguardia de Europa en el desarrollo de un ecosistema emprendedor con vocación innovadora, así como en la creación y relocalización de empresas emergentes y en la atracción de talento y capital internacional.

La Ley de Startups supone uno de los grandes compromisos de esta legislatura y forma parte del conjunto de reformas para la mejora del clima de negocios del país, junto con la Ley Crea y Crece y la Ley Concursal, aprobadas este año. También es uno de los hitos más importantes para este ejercicio dentro de la Agenda España Digital 2026, hoja de ruta del ambicioso plan de digitalización que está llevando a cabo el país.

La aprobación del texto definitivo por amplia mayoría en el Congreso llega tras un recorrido de meses, que comenzó en julio de 2021 con el inicio del trámite de audiencia pública del Anteproyecto de Ley, y un intenso trabajo con los diferentes grupos parlamentarios y actores del

sector. Durante este proceso, se han incorporado más de 80 enmiendas presentadas por los partidos con el objetivo de mejorar el texto inicial y fortalecer el consenso en torno al mismo.

Algunas de las mejoras incluidas durante el trámite parlamentario y el paso por el Senado son las siguientes:

Se contemplan mayores incentivos para el emprendimiento «en serie». Los socios fundadores de startups que se embarquen en nuevos proyectos podrán beneficiarse ilimitadamente de los beneficios de la Ley.

Se potencia el emprendimiento rural, poniendo en marcha proyectos piloto en entornos rurales y alineando las iniciativas previstas en la Ley con el Territorio Rural Inteligente, un proyecto que prevé la incorporación de las nuevas tecnologías en ámbitos como la agricultura, la ganadería, el urbanismo o el medioambiente de los pueblos.

Se flexibilizan los requisitos y se incorpora la posibilidad de retener al talento que finalice sus estudios para que busque empleo en España.

Se crea un visado especial de Nómadas Digitales para titulares que trabajen para sí mismos o para empleadores de cualquier lugar del mundo en territorio nacional.

Ejes principales para potenciar el tejido emprendedor

Con la Ley de Startups, el Gobierno busca estimular la inversión y la atracción de talento, favorecer la colaboración entre pymes, grandes compañías y empresas emergentes, impulsar la I+D+i, también en la Administración, y fomentar la cooperación de las empresas emergentes y los emprendedores con las Universidades y centros de investigación.

La norma define la categoría de empresa startup como aquella que no supere los 5 años de antigüedad (o 7 para sectores estratégicos); que no cotice en bolsa ni distribuya dividendos; cuya sede o domicilio social se establezca permanentemente en territorio nacional; con el 60% de la plantilla contratada en España; y que acumule un volumen de negocio máximo de 10 millones de euros.

Asimismo, debe acreditar «carácter innovador», entendido como el desarrollo de productos o prestación de servicios nuevos o mejorados. Para ello, se han incorporado siete líneas de criterios a valorar por ENISA, entre los que se incluyen el «grado innovación», «grado atractivo de mercado», «fase de vida de la empresa», «modelo de negocio–escalabilidad», «competencia» o «volumen de clientes».

La Ley tiene como objetivo esencial fomentar la agilidad administrativa, para lo que prevé una ventanilla única y telemática para la certificación de empresas innovadoras como startups españolas (ONE); la no obligatoriedad de obtener el número de identificación de extranjeros (NIE) para los inversores no residentes, exigiendo únicamente tanto a ellos como a sus representantes los números de identificación fiscal (NIF); y el coste mínimo de aranceles notariales y registrales.

La recuperación, atracción y retención del talento nacional e internacional es otro eje que vertebra la Ley. Por eso, contempla facilidades para la obtención del visado y la residencia a trabajadores altamente cualificados de las startups, así como a trabajadores españoles no residentes durante al menos 5 años.

Además, busca mejorar el intercambio de conocimiento, a través de una regulación general y básica sobre los entornos de prueba y sandboxes. En ese sentido, se permitirá probar la innovación de las startups durante un año, en un entorno controlado, para evaluar la utilidad, viabilidad y el impacto de innovaciones tecnológicas en los diferentes sectores de actividad productiva.

El texto incorpora también importantes medidas fiscales, como la reducción del tipo impositivo en el impuesto de sociedades y el impuesto sobre la renta de no residentes, del tipo general del 25% al 15% en los cuatro primeros ejercicios desde que la base imponible sea positiva. O la elevación del importe de la exención de tributación de las opciones sobre stock options de 12.000 a 50.000 euros anuales en el caso de entrega por parte de startups de acciones o participaciones derivadas del ejercicio de opciones de compra.

Además, amplía también la base máxima de deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación (de 60.000 a 100.000 euros anuales), el tipo de deducción (que pasa del 30 al 50%), así como el periodo en el que se considera de reciente creación que sube de 3 a 5 años, con carácter general, o a 7 para empresas de ciertos sectores.

[...]

8. LEY 29/2022, DE 21 DE DICIEMBRE, SOBRE EUROJUST, Y REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, LAS REDES DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y EL PERSONAL DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE JUSTICIA EN EL EXTERIOR (22 DICIEMBRE 2022)

El BOE de 22.12.2022 publica la *Ley 29/2022, de 21 de diciembre, por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes de cooperación jurídica internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior. Su objetivo es adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo.*

Eurojust se creó mediante la Decisión 2002/187/JAI del Consejo como un organismo de la Unión Europea con personalidad jurídica, para estimular y mejorar la coordinación y cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, en particular en relación con casos graves de delincuencia organizada.

Según recoge el último Informe Anual de Eurojust 2021, este organismo prestó asistencia en casi más de 10.000 investigaciones penales transfronterizas. En concreto, la delegación de España en Eurojust ha sido la cuarta con mayor carga de trabajo y protagonismo operativo en 2021, al estar involucrada, activa o pasivamente, en un total de 818 casos, siendo, además, la tercera delegación más demandada de asistencia por el resto de las delegaciones nacionales y fiscales de enlace destinados en Eurojust.

Mejoras y novedades recogidas en la nueva norma

La Ley incorpora mejoras en el procedimiento de convocatoria, selección y nombramiento. En ese sentido, se introducen una serie de disposiciones para mejorar la transparencia en la selección de los candidatos que ocupen los puestos de miembro nacional, adjunto o asistente como la publicación la convocatoria en el BOE o la constitución de una Comisión de Selección encargada de conformar una terna de candidatos.

También se incorporan en la convocatoria criterios de igualdad, al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En este sentido, se incluye una cláusula específica para lograr la presencia equilibrada de hombres y mujeres en el órgano.

Además, la nueva norma incluye novedades de contenido como el análisis del estatuto y de las competencias que el Reglamento prevé para el miembro nacional Eurojust, entre las que cuenta con la enumeración de las competencias que los miembros nacionales deben tener en los

Estados miembros, estableciendo así un mínimo común que aporte homogeneidad en operaciones conjuntas.

El proyecto, en su apartado dos, incluye que cada Estado miembro otorgue a su miembro nacional atribuciones adicionales. En el caso de España podrá corregir errores en la solicitud, dividirla entre autoridades competentes o cualquier otra modificación que resulte necesaria para su rápida y correcta tramitación.

Además, en casos urgentes, si no es posible determinar o contactar a tiempo con la autoridad competente, el miembro nacional podrá llevar a cabo estas acciones directamente, informando de ello a la mayor brevedad.

[...]

9. MEDIDAS PARA IMPULSAR LA ACTIVIDAD Y MANTENER LA ESTABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL, APOYANDO A LOS SECTORES ESTRATÉGICOS, EN PARTICULAR MEDIANTE LA EXTENSIÓN DURANTE DOS AÑOS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CONTROL DE INVERSIONES EXTRANJERAS (28 DICIEMBRE 2022)

En el BOE 28.12.2022 publica el *Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad*.

Además de medidas para contener el alza de los precios, el presente Real Decreto-ley contiene un conjunto de medidas para impulsar la actividad y mantener la estabilidad económica y social, apoyando a los sectores estratégicos, en particular mediante la extensión durante dos años del procedimiento especial de control de inversiones extranjeras y de la moratoria contable para las empresas viables que vieron su equilibrio patrimonial roto como consecuencia de la pandemia, así como el refuerzo y agilización de procedimientos para el despliegue de las inversiones y proyectos estratégicos del Plan de Recuperación.

Hace dos años, se estableció un marco de control de las inversiones extranjeras en sectores estratégicos mediante la introducción del art. 7 bis en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Dicho régimen se amplió y extendió hasta el 31 de diciembre de 2022 mediante el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, el Real Decreto-ley 12/2021, y el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre.

Esta disposición incluye un Título IV titulado «Medidas de impulso de la actividad y mantenimiento de la estabilidad económica y social» que incluye las siguientes modificaciones a la normativa en materia de inversiones extranjeras. En concreto

El art. 61 modifica el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 7 bis. *Suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España*. 1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española, y todas aquellas otras que como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico que se efectúe se adquiera el control de la totalidad o de una parte de ella, por aplicación de los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que concurra una de estas circunstancias:

a) Que se realicen por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio.

b) Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor.

El art. 62 modifica la Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, que queda redactada en los siguientes términos.

Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre

«El régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España regulado en los apartados 2 y 5 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, se aplicará hasta el 31 de diciembre de 2024, a las inversiones extranjeras directas sobre empresas cotizadas en España, o sobre empresas no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros, realizadas por residentes de otros países de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. A estos efectos, se considerarán sociedades cotizadas en España aquellas cuyas acciones estén, en todo o en parte, admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español y tengan su domicilio social en España. A efectos de este régimen transitorio, se entenderá por inversiones extranjeras directas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se adquiera el control de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tanto si se realizan por residentes de países de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio diferentes a España, como si se realizan por residentes en España cuya titularidad real corresponda a residentes de otros países de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 % del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor».

10. SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y FUNCIONES DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DEL REINO DE ESPAÑA EN LOS CONFLICTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES (28 diciembre 2022)

El BOE 28.12.2022 publica el *Real Decreto 1040/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifican el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y el Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.*

[...]

Artículo segundo. *Modificación del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.* El Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, queda modificado como sigue:

[...]

Ocho. El art. 11 pasa a estar redactado del siguiente modo:

«Art. 11. *Abogacía General del Estado*. 1. La Abogacía General del Estado, con rango de Subsecretaría, es el órgano administrativo que desarrolla la función de asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio, a la Administración General del Estado, a sus organismos autónomos, a los Órganos Constitucionales y, en su caso y a través de los oportunos Convenios, a las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales y a las restantes entidades que integran el sector público institucional, en los términos establecidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en el Reglamento de la Abogacía General del Estado y en su normativa complementaria.

Le corresponden las siguientes funciones:

[...]

h) La representación y defensa del Reino de España ante cualesquiera órganos internacionales con competencias en materia de salvaguarda de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales suscritos por el Reino de España.

i) La asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea y la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea.

j) La representación y defensa del Reino de España ante la Corte Penal Internacional y ante cualesquiera tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales, o constituidos en virtud de tratados internacionales en los que aquél sea parte, en cualesquiera procedimientos jurisdiccionales, arbitrales o extrajudiciales.

11. NORMAS DE EXTRANJERÍA EN LA LEY DEL DEPORTE DE 30 DICIEMBRE 2022 (31 diciembre 2022)

El BOE 31.12.2022 publica la *Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte*. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, impele al legislador a aprobar una nueva Ley del Deporte, que regule todos aquellos aspectos que le afectan y que son competencia del Estado, incorporando los necesarios mecanismos de coordinación, colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas en aquello que lo requiera, en aras del respeto al reparto competencial que la Constitución Española realiza y de la eficacia en la acción de promoción del deporte. Dentro del articulado deben de tenerse en cuenta los siguientes preceptos:

[...]

Art. 9. *Personas extranjeras*. La Administración General del Estado, en el marco de sus competencias y atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, promoverá la práctica deportiva de las personas extranjeras que tengan residencia legal en España, especialmente los menores, como vía de integración social, velando por su efectividad, con remoción de los obstáculos normativos, reglamentarios o fácticos que puedan existir en las entidades deportivas, y de conformidad con la normativa federativa nacional e internacional en cada caso aplicable cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados.

Art. 48. *Integración de las federaciones deportivas autonómicas en la federación deportiva española correspondiente*.

[...]

3. Los estatutos de las federaciones deportivas españolas incluirán los sistemas de integración y representatividad de las federaciones deportivas de ámbito autonómico, según lo establecido en las disposiciones de desarrollo de esta ley. Además, los estatutos dispondrán un sistema para la solución de los conflictos de todo orden que puedan plantearse entre una federación deportiva española y las federaciones autonómicas integradas.

Sin perjuicio de lo anterior, se establecerán, en un convenio único para todas las federaciones autonómicas, las obligaciones de contenido económico y la concreción de los criterios de representatividad en la asamblea general en todo aquello que no esté regulado en los estatutos de las federaciones deportivas españolas.

Reglamentariamente se establecerá la distribución de obligaciones mínimas en el caso de que las federaciones no alcancen un acuerdo para la celebración de un convenio de integración.

En todo caso, para que las federaciones de ámbito autonómico puedan integrarse en las federaciones deportivas españolas o, en su caso, mantener esa integración, deberán eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de personas extranjeras que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas que organicen.

[...]

Art. 49. *Licencia deportiva.*

[...]

5. En ningún caso se podrán imponer restricciones a la expedición de licencias a personas extranjeras que tengan residencia legal en España, sin perjuicio de lo dispuesto en la aplicación de la normativa federativa nacional o internacional en cada caso aplicable, cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados.

12. DISPOSICIONES DE EXTRANJERÍA DE LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI (1 marzo 2023)

El BOE 1.3.2023 publica la *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, que incluye los siguientes preceptos de carácter transnacional

[...]

Capítulo II

Políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI

[...]

Art. 36. *Acción exterior.* 1. El Gobierno de España mantendrá, en el marco de la Estrategia de Acción Exterior, la defensa de la igualdad de trato, la lucha contra la violencia LGTBIfóbica y contra la discriminación de las personas LGTBI en los foros, organismos e instituciones internacionales competentes por razón de la materia.

2. El Gobierno de España impulsará y promoverá líneas de trabajo, acciones y proyectos que defiendan el derecho a la vida, la igualdad, la libertad, la intimidad personal y familiar y la no discriminación de las personas LGTBI en aquellos países en los que estos derechos humanos sean negados o dificultados, legal o socialmente.

3. Las oficinas consulares de España en el extranjero proporcionarán ayuda y asistencia a las personas LGTBI de nacionalidad española que se encuentren en su demarcación, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación y las pautas de actuación consular existentes, prestando especial atención a aquellos casos en los que se haya podido dar una situación de especial vulnerabilidad o de discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

4. Las oficinas consulares españolas podrán celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo siempre que al menos uno de los contrayentes sea español, que al menos uno de ellos esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente y que las autoridades del Estado receptor del Cónsul, en aplicación de sus leyes y reglamentos, no se opongan expresamente a que el mismo pueda celebrar dichos matrimonios en su territorio.

Art. 37. Familias del personal LGTBI del servicio exterior. 1. La Administración General del Estado velará por los derechos, la seguridad y la integridad de las familias del personal LGTBI destinado en el Servicio Exterior.

2. El Gobierno velará por que los tratados internacionales a celebrar sobre ejercicio de actividades profesionales remuneradas por parte de familiares de personal del servicio exterior no den lugar a una discriminación hacia los cónyuges o parejas de hecho del mismo sexo que acompañen al personal del servicio exterior destinado al extranjero. La consideración de cónyuge o pareja de hecho en estos tratados deberá realizarse siempre conforme al ordenamiento jurídico español.

3. La Administración General del Estado velará por que ninguna persona que se encuentre realizando una labor en el extranjero en nombre de la Administración pública de forma permanente, temporal u ocasional, o sus familiares, sea víctima de ningún trato LGTBIfóbico, dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico español.

Art. 38. Protección internacional. 1. A fin de proporcionar una adecuada tramitación de las solicitudes de protección internacional que, eventualmente, se presenten por personas LGTBI, así como por los familiares que les acompañen, el personal al servicio de las Administraciones públicas que participe en alguna de las fases del procedimiento o de la acogida de solicitantes de protección internacional recibirá una formación adecuada para el tratamiento no discriminatorio de las solicitudes y de las personas solicitantes, de conformidad con lo dispuesto en la normativa reguladora de protección internacional y en atención a las previsiones recogidas en esta ley.

2. En el estudio y valoración de estos casos se aplicarán las garantías procedimentales oportunas y las entrevistas se realizarán por personal cualificado y con formación suficiente.

3. En el procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional no podrán utilizarse medios orientados a probar la orientación o identidad sexual que puedan vulnerar los derechos fundamentales de la persona solicitante.

4. Dentro del sistema de acogida, se establecerán mecanismos que permitan identificar las vulnerabilidades o necesidades específicas de las personas a las que se refiere el apartado primero, así como la denuncia y una intervención inmediata ante cualquier incidente de discriminación, rechazo o acoso. Cuando del análisis realizado se desprenda la existencia de dichas vulnerabilidades o necesidades específicas, se adoptarán las medidas oportunas para garantizar que las mismas sean atendidas en entornos seguros para las personas LGTBI.

5. El principio de unidad familiar se aplicará a las personas a las que se refiere el apartado primero sin discriminación, tanto en el ámbito del procedimiento como en el marco de la acogida.

6. El Ministerio del Interior publicará con una periodicidad anual el número de personas respecto al total que han solicitado protección internacional y que han sido reconocidas como refugiadas en España por motivo de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

[...]

TÍTULO II

Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans

Capítulo I

Rectificación registral de la mención relativa al sexo
de las personas y adecuación documental

Art. 50. *Adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras.* 1. Las personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho Ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes.

2. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de habilitar procedimientos de adecuación de los documentos expedidos a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España, que hayan procedido a realizar la rectificación registral correspondiente en su país de origen.

[...]

TÍTULO III

Protección efectiva y reparación frente a la discriminación
y la violencia por LGTBIfobia

[...]

Art. 72. *Personas extranjeras LGTBI.* Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán a las personas extranjeras LGTBI que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa, la titularidad y el ejercicio del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, en las mismas condiciones que a las personas de nacionalidad española, en los términos recogidos en esta ley y atendiendo a lo dispuesto 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 undécima. *Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.* La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, queda modificada del siguiente modo:

[...]

Cinco. El art. 69 queda redactado en los siguientes términos:

«Art. 69. *Presunción de nacionalidad española.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil y en tanto no conste la extranjería de los progenitores, se presumen españoles los nacidos en territorio español de progenitores también nacidos en España.

La misma presunción rige para la vecindad.»

[...]

13. TRANSPOSICIÓN PARCIAL DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS CONDICIONES DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES CON FINES DE EMPLEO ALTA CUALIFICACIÓN (9 mayo 2023)

El BOE 9.5.2023 publica la *Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*

Entre otras cosas, se transpone de forma parcial 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, cuyo art. 31 establece como fecha límite para la transposición el 18 de noviembre de 2023.

La directiva mantiene los regímenes nacionales paralelos de atracción de talento e incorpora varios elementos orientados a mejorar la efectividad del régimen europeo de Tarjeta azul-UE frente a la anterior directiva y favorecer, globalmente, el atractivo de la Unión Europea en la carrera internacional por el talento. El plazo de transposición de la directiva finaliza el 18 de noviembre de 2023, por lo que es necesario incorporar las previsiones de la mencionada directiva a la legislación interna, lo que se materializa de forma parcial en la presente ley, en su título II. Se exceptúan de la transposición que se lleva a cabo en esta norma los artículos 3.2.d), 17.7, 18 y 19 de la directiva, relativos a la introducción de excepciones a la aplicación del estatuto de residente de larga duración y a la expedición de autorizaciones de residencia autónomas a los miembros de la familia de los titulares de la Tarjeta azul-UE, que se prevén transponer en un futuro real decreto de modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Entre las novedades de la Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre de 2021, se encuentra el establecimiento de criterios de admisión más inclusivos para los titulares de la Tarjeta azul-UE, la facilitación de la movilidad y la reagrupación familiar dentro de la Unión Europea, procedimientos simplificados para empleadores reconocidos, la concesión de un nivel más elevado de acceso al mercado laboral y la ampliación del ámbito de aplicación a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión Europea y a los beneficiarios de protección internacional.

14. NUEVO REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/2021, DE 18 DE FEBRERO (5 julio 2023),

El BOE 5.7.2023 publica el *Real Decreto 573/2023, de 4 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional*. Los principios que inspiran este real decreto son la protección del interés superior de la persona menor de edad en todas las fases del proceso de adopción internacional, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional en este ámbito y, en consecuencia, la mejora de las garantías para prevenir cualquier práctica ilícita contraria a los principios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993,

ratificado por España el 30 de junio de 1995. Por otro lado, también se tiene en cuenta la protección del interés de las personas que se ofrecen para la adopción.

Antecedentes

El Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, supuso el desarrollo de las modificaciones introducidas en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Una vez aprobado el Reglamento de Adopción internacional, se planteó por el Gobierno de Cataluña un conflicto de competencia contra determinados artículos, la disposición transitoria única y la disposición final primera del citado Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, el 22 de marzo de 2021 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 36/2021, de 18 de febrero, sobre la citada cuestión, pronunciándose al respecto, y estimando parcialmente el conflicto positivo de competencias. En consecuencia, se declaran inconstitucionales determinados artículos de la norma.

Se hizo, por tanto, necesario derogar el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, para dar cumplimiento a la citada resolución, adaptando la regulación al marco constitucional y evitando las consecuencias desfavorables que conllevaría la falta de armonización de la normativa vigente en materia de adopción internacional.

Así, entre otras cuestiones, se hizo preciso señalar principalmente el pronunciamiento que realiza el Tribunal Constitucional en materia de acreditación. Según manifiesta el Tribunal Constitucional, tanto la acreditación de los organismos que realizan actividades de intermediación en las adopciones internacionales, como las funciones instrumentales o conexas a la misma, son manifestaciones de las competencias ejecutivas autonómicas en materia de servicios sociales y protección de menores. Por tanto, aun siendo obviamente susceptibles de una coordinación estatal ceñida a la dirección de la política exterior, no pueden ser sustraídas de la esfera de acción de las comunidades autónomas y atribuidas a órganos estatales, sin incurrir en vulneración del orden constitucional y estatutario de distribución de competencias.

REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1. *Objeto.* Es objeto de este reglamento el desarrollo de los siguientes aspectos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre:

- a) La iniciación y suspensión de la tramitación de adopciones internacionales.
- b) El establecimiento del número máximo de expedientes de adopción internacional que se remitirá anualmente a cada país de origen y su distribución entre las entidades públicas y los organismos acreditados.
- c) El modelo básico de contrato entre los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional y las personas que se ofrecen para la adopción.
- d) La coordinación de las entidades públicas a través de la Administración General del Estado, para el seguimiento y control de las actividades de los organismos acreditados, a través de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control.

e) La creación y regulación del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción internacional y de Reclamaciones e Incidencias.

Art. 2. *Ámbito subjetivo de aplicación.* Son sujetos a los efectos de este reglamento:

a) El Ministerio con competencias en materia de infancia y adolescencia y, en concreto, la Dirección General con competencias en materia de infancia y adolescencia, en adelante la Dirección General.

b) La Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, en adelante, la Comisión Sectorial. La composición de esta Comisión está recogida en el art. 12.1 de la Resolución de 10 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el acuerdo de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, por la que se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento, y es la siguiente, en cuanto a la representación de las diferentes administraciones:

Por parte de la Administración General del Estado: La persona titular de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales y la persona titular de la Jefatura de Gabinete de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales.

Por parte de las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla: Una persona representante por cada una de ellas con rango, al menos, de la persona titular de la Subdirección General responsable en materia de infancia y adolescencia.

Las funciones de esta Comisión están reguladas en el art. 13 de la mencionada resolución.

c) La Comisión Técnica de Seguimiento y Control, cuya composición se recoge en el art. 26.

d) Las administraciones o entidades públicas con competencias en materia de protección a las personas menores de edad, que tengan atribuidas funciones en materia de adopción internacional, en el marco de sus competencias y ámbito territorial, en adelante, entidades públicas.

e) El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

f) Los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional, en adelante, organismos acreditados.

Art. 3. *Principios generales de actuación.* 1. La Administración General del Estado y las entidades públicas competentes se regirán, en la aplicación del presente reglamento, por los siguientes principios:

a) El principio de protección del interés superior de la persona menor de edad.

b) Los principios de igualdad, seguridad jurídica, celeridad y respeto a los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional a las personas menores de edad que van a ser adoptadas.

c) El principio de igualdad de trato y no discriminación para las personas, grupos sociales y situaciones de las enunciadas en el art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

d) El principio de cooperación efectiva entre autoridades competentes.

e) El principio de autoridades competentes, en virtud del cual únicamente se tramitarán adopciones internacionales con la intervención de las autoridades designadas por cada Estado.

f) Los principios dirigidos a establecer las garantías para prevenir la sustracción, venta o tráfico de personas menores de edad.

g) Los principios contenidos en el art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Asimismo, se han de tener en cuenta los derechos de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas que participan en todo el proceso de adopción internacional.

2. Los organismos acreditados actuarán, durante todo el proceso de adopción, conforme a:

a) Las normas internacionales sobre protección de las personas menores de edad, el ordenamiento jurídico español, los tratados internacionales de los que España es parte y la legislación del país de origen.

b) Los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, y respeto del interés superior de la persona menor de edad, impidiendo beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los costes necesarios de la intermediación, así como toda práctica contraria a los principios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y ratificado por España el 30 de junio de 1995.

c) La prohibición de percibir cualesquiera ingresos distintos de aquellos que fueran estrictamente precisos para cubrir los costes de la intermediación, así como cualquier otra práctica contraria a los principios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y ratificado por España el 30 de junio de 1995.

Asimismo, se han de tener en cuenta los derechos de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas que participan en todo el proceso de adopción internacional.

Art. 4. *Acuerdos bilaterales de carácter administrativo en materia de adopción internacional.* Corresponderá a la persona titular del ministerio con competencias en materia de infancia y adolescencia la firma de acuerdos bilaterales de carácter administrativo para favorecer las relaciones recíprocas, tanto con los países de origen cuya normativa lo exija, como con aquellos con los que se estime conveniente disponer de este instrumento, de conformidad con el art. 39.2 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Con carácter previo a la firma de estos acuerdos, se solicitará informe al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Capítulo II

Inicio o suspensión de la tramitación de adopciones en el país de origen de las personas menores de edad

Art. 5. *Procedimiento para el inicio de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país.* 1. La Dirección General determinará, previa consulta a las entidades públicas, el inicio de la tramitación de los expedientes de adopción con un determinado país. Para ello, solicitará informe al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, que deberá ser remitido en el plazo de un mes y que contendrá, al menos, la siguiente información:

a) Legislación relativa a las adopciones en el país de origen.

b) Existencia de una autoridad específica en el país de origen que controle y garantice la adopción en los términos previstos en el art. 4.2.b) de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, y en caso afirmativo, identificación de la misma, así como una descripción detallada de su intervención en los procesos de adopción internacional.

c) Valoración de la existencia en el país de origen de garantías jurídicas suficientes para la adopción, y acerca de si las prácticas y el procedimiento de la adopción en él respetan el interés superior de la persona menor de edad.

d) Número de adopciones internacionales realizadas por ese país en los últimos tres años y principales países de recepción.

e) Perfil de las personas menores de edad adoptables.

f) Valoración que las principales representaciones diplomáticas extranjeras en ese país de origen hacen de su experiencia en la tramitación de adopciones internacionales y acerca de las garantías de los procedimientos.

g) En el caso de que se trate de un país previamente suspendido, valorar específicamente si han cambiado las circunstancias que motivaron esa suspensión.

2. Asimismo, la Dirección General recabará información de los organismos acreditados que pudieran tener información sobre dicho país y de terceros países que hayan iniciado, suspendido o paralizado la tramitación de adopciones con el citado país de origen, de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de cualesquiera organismos nacionales e internacionales públicos o privados que considere necesarios y, en su caso, de las asociaciones representativas de familias adoptivas en el país correspondiente.

Art. 6. *Procedimiento de suspensión de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país.* 1. La Dirección General podrá, previa consulta a la Comisión Sectorial, suspender temporalmente o cerrar la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país. Para ello, la Dirección General solicitará un informe sobre la situación en el país al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, así como a los organismos acreditados en él, que deberá ser remitido en el plazo de un mes.

Asimismo, la Dirección General podrá recabar información de aquellos terceros países que hayan iniciado, suspendido temporalmente o cerrado la tramitación de adopciones con el citado país de origen, de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de cualesquiera organismos nacionales e internacionales públicos o privados que considere necesarios y, en su caso, de las asociaciones representativas de familias adoptivas en el país correspondiente y de personas adoptadas.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, cuando se tenga conocimiento de cualquier circunstancia recogida en el art. 4.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, la Dirección General podrá resolver de oficio la suspensión de la tramitación de adopciones de forma cautelar, determinando el alcance de dicha suspensión. En estos supuestos, la suspensión deberá ser ratificada o levantada, previa deliberación de la Comisión Sectorial, en el plazo máximo de un año desde el momento en que se acordó la suspensión.

Art. 7. *Reglas comunes a los procedimientos de inicio y de suspensión de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país.* 1. No se tramitarán ofrecimientos para la adopción de personas menores de edad nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, en las circunstancias recogidas en el art. 4.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

2. La Dirección General, previa consulta a las entidades públicas competentes, determinará en cada momento qué países están incurso en alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, a efectos de decidir si procede iniciar, suspender temporalmente o cerrar la tramitación de adopciones en ellos.

3. Las resoluciones que dicte la Dirección General a estos efectos, serán notificadas al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a las entidades públicas y a los organismos acreditados afectados. El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y

Cooperación, a su vez, efectuará la oportuna comunicación a las representaciones españolas en el extranjero.

4. Las resoluciones a las que se refiere el apartado anterior serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» y en la página web del ministerio con competencias en materia de infancia y adolescencia.

Capítulo III

Establecimiento y distribución del número máximo de expedientes de adopción internacional que se tramitará anualmente en cada país de origen

Art. 8. *Criterios para el establecimiento del número máximo de expedientes que se tramitarán anualmente en cada país de origen.* 1. En los casos de inicio de la tramitación de adopciones en un nuevo país, el establecimiento del número de expedientes a tramitar anualmente requerirá valorar:

- a) Las necesidades de adopción internacional en ese país y el perfil de las personas menores de edad adoptables.
- b) El número de adopciones constituidas por terceros países en los últimos dos años.
- c) Los informes de los organismos nacionales e internacionales, públicos o privados, sobre la situación de estabilidad política y social del país de origen, así como sobre la seguridad jurídica y las prácticas empleadas en la tramitación de los procedimientos de adopción internacional.

2. En los casos de continuidad de la tramitación de adopciones en un país en el que ya se estuviera tramitando, para determinar el número anual de nuevos expedientes que se remitirán, además de los criterios recogidos en el ap. 1, se tendrán en cuenta con carácter preferente, los criterios establecidos en los párrafos primero y segundo del art. 4.5 Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

3. El establecimiento del número total de expedientes a tramitar anualmente en cada país de origen no afectará a la adopción de personas menores de edad con necesidades especiales, salvo en los casos en los que el país de origen establezca alguna limitación en el número de expedientes a tramitar, el número de expedientes pendientes de asignación sea elevado en relación con el número de adopciones constituidas o cuando exista cualquier otra circunstancia que lo justifique.

Art. 9. *Procedimiento para el establecimiento del número máximo de expedientes que se tramitarán anualmente en cada país de origen.* 1. Las entidades públicas enviarán a la Dirección General a través de medios electrónicos, con el detalle y forma que determine la Comisión Sectorial, una relación actualizada de los expedientes de adopción internacional en trámite por país de origen. Dicha relación se actualizará de forma continua.

2. El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación facilitará a la Dirección General, por medios electrónicos a través de las representaciones españolas en el exterior, información sobre las adopciones constituidas en cada país de origen por residentes en España. Dicha información será actualizada de forma continua.

3. La Dirección General, previa consulta a la Comisión Sectorial, establecerá anualmente el número de nuevos expedientes que podrán tramitarse con cada país de origen de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 8, lo que deberá notificarse a las entidades públicas competentes y a los organismos acreditados.

4. El número de expedientes a que se refiere el apartado anterior podrá ser modificado por la Dirección General, previa consulta a la Comisión Sectorial, en función de los cambios que se pudieran producir en el país de origen y por la evolución de las adopciones, lo que deberá notificarse a las entidades públicas competentes y a los organismos acreditados.

5. A tal fin, con carácter previo, la Dirección General elaborará y remitirá a los miembros de la Comisión Sectorial, informe sobre la situación de la adopción en el país de origen, que podrá

contener la información recabada de la autoridad administrativa competente en materia de adopción en el país de origen, de organismos internacionales de protección a la infancia y de otras fuentes oficiales que estime necesaria.

Art. 10. *Distribución del número máximo de expedientes a tramitar entre las entidades públicas y los organismos acreditados.* 1. La distribución del número máximo de expedientes de adopción internacional a tramitar, ya sea a través de entidad pública o mediante organismo acreditado para cada país de origen, se realizará por orden de prelación en función de la antigüedad de la fecha y hora inicial del ofrecimiento para la adopción realizado por aquellas personas con certificado de idoneidad incluidas en la relación actualizada prevista en el art. 9.1.

2. En el supuesto de ofrecimiento para un país diferente al inicialmente elegido, prevalecerá la fecha de presentación de este nuevo ofrecimiento. No se incluirán en la relación aquellos ofrecimientos realizados con fecha anterior a la resolución de inicio de la tramitación con un país de origen.

3. La Comisión Sectorial aprobará la distribución del número máximo de expedientes resultante de la aplicación del criterio previsto en los apartados anteriores.

Capítulo IV

Organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional

Art. 11. *Ámbito de actuación.* 1. Los organismos acreditados desarrollarán su actividad en todo el territorio nacional, prestando sus servicios a las personas que se ofrezcan para la adopción con residencia habitual en España.

2. Su actuación en el extranjero se circunscribirá al país o países para los que hayan sido acreditados, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos y condiciones que pudiera establecer el país de origen de la persona menor de edad.

3. En el ejercicio de sus funciones de intermediación en la adopción internacional, la actuación de dichos organismos acreditados se limitará a las actividades señaladas en la resolución de acreditación y deberá desarrollarse en los términos y condiciones que se establezcan en la misma.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los organismos acreditados podrán tener entre sus fines y actividades la prestación de otros servicios sociales y de protección a la infancia, siempre que la actividad de intermediación en la adopción internacional esté claramente identificada, diferenciada y separada del resto de sus actividades, especialmente por lo que se refiere a sus estatutos, estructura organizativa y contabilidad.

5. Ninguna otra entidad o persona distinta de los organismos acreditados y de las entidades públicas competentes, podrá intervenir en las funciones de intermediación en adopción internacional.

Art. 12. *Funciones en España de los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional.* Los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional realizarán, al menos, las siguientes funciones en España, sin perjuicio de lo establecido en la normativa autonómica vigente:

- a) Garantizar que las personas que se ofrecen para la adopción cumplen los requisitos exigidos por el país de origen.
- b) Intermediar entre las personas que se ofrecen para la adopción, que dispongan de certificado de idoneidad, y las autoridades del país de origen.
- c) Colaborar activa y diligentemente con todos los agentes intervinientes en la adopción, con el fin de velar por que el expediente se tramite correctamente.

d) Ofrecer asistencia y asesoramiento a las personas que se ofrecen para la adopción sobre aspectos formales y materiales relativos a los trámites necesarios para la constitución de la adopción en el país de origen de la persona menor de edad.

e) Mantener informadas a las personas que se ofrecen para la adopción de todo cambio o progresión que afecte a la tramitación del expediente, sin perjuicio de responder a cualquier solicitud de información adicional.

f) Participar en el desarrollo de buenas prácticas relativas a la adopción internacional para prevenir los problemas o dificultades más frecuentes, incluidos los derivados de la adaptación tras la misma.

g) Facilitar a la Dirección General y a las entidades públicas información sobre el perfil de las personas menores de edad adoptables en los países de origen, así como sobre cualquier cambio legislativo, de procedimiento y de criterios en adopción internacional en el país de origen del cual tuvieran conocimiento.

h) Realizar la formación complementaria a la impartida por las entidades públicas, de las personas que se ofrecen para la adopción, en los términos establecidos en el art. 6.3.b) de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

i) Elaborar, en su caso, los informes de seguimiento postadoptivo sobre la evolución de la persona menor de edad y la adaptación a su nueva familia, con la periodicidad que establezca el país de origen.

j) Enviar los informes postadoptivos al órgano competente del país de origen.

k) Colaborar con las entidades públicas competentes para el ejercicio del derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos.

Art. 13. *Funciones en los países de origen de los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional.* Los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional realizarán, al menos, las siguientes funciones en los países de origen, sin perjuicio de lo establecido en la normativa autonómica vigente:

a) Colaborar con las autoridades competentes del país de origen y con la oficina o sección consular española.

b) Mantener informadas a las autoridades del país de origen sobre la situación de cada expediente de adopción.

c) Formar, acompañar y supervisar al personal del organismo acreditado en el país de origen.

d) Representar a las personas que se ofrecen para la adopción ante los organismos competentes del país de origen.

e) Recabar información actualizada de las personas menores de edad, una vez asignadas, a petición de las entidades públicas competentes.

f) Orientar y apoyar a las personas que se ofrecen para la adopción durante toda su estancia en el país de origen, facilitándoles, de forma permanente, servicios adecuados y seguros.

g) Velar para que se lleve a cabo, en colaboración con el país de origen, y antes del encuentro con la familia, una preparación para la adopción internacional conforme al interés superior de la persona menor de edad, facilitando la comprensión por parte de esta de lo que conlleva el procedimiento, adaptando la preparación en función de su edad a través de la intervención de profesionales del ámbito psicosocial del país de origen y asegurando el establecimiento del número de contactos previos con la futura familia adoptante establecidos por la legislación del país de origen, por cualquier medio posible de carácter telemático o por correspondencia,

posteriormente a la remisión de la conformidad con la asignación tanto de la entidad pública como de la familia.

h) Garantizar, en colaboración con el país de origen, que el encuentro y la adaptación inicial entre la persona menor de edad y las personas que se ofrecen para la adopción, se lleve a cabo conforme al interés superior de la persona menor de edad y en ningún caso con anterioridad a la fecha de la asignación.

Art. 14. *Obligaciones de los organismos acreditados.* Los organismos acreditados tendrán, al menos, las siguientes obligaciones en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en la normativa autonómica vigente:

a) Velar por el cumplimiento de la normativa en materia de adopción y protección de las personas menores de edad, tanto en España como en el país de origen.

b) Velar para que no haya pago o compensación de clase alguna por la adopción de la persona menor de edad, distinta a las legalmente establecidas.

c) Informar y denunciar, en su caso, ante las autoridades y entidades competentes cualquier irregularidad, abuso o beneficio financiero distinto de aquellas cantidades que fueran precisas para cubrir estrictamente los costes necesarios de la intermediación, del que se tenga conocimiento.

d) Formalizar con las personas que se ofrecen para la adopción que cuenten con el certificado de idoneidad, el contrato para la intermediación en adopción internacional, según el modelo básico de contrato homologado regulado en la sección 3.ª del Capítulo V.

e) Comunicar a la entidad pública cualquier modificación que afecte a su autorización en el país de origen. En todo caso, deberán informar sobre las renovaciones periódicas de la misma y, en su caso, de su suspensión temporal o retirada de la autorización. Asimismo, tendrán la obligación de comunicar a dicha entidad pública cualquier modificación relativa al proyecto de trabajo, tanto en España, como en el país de origen, en los términos previstos en la normativa autonómica vigente.

f) Guardar y garantizar el secreto profesional de la información y la protección de datos sobre las personas que se ofrecen para la adopción, las familias biológicas y las personas menores de edad adoptadas.

g) Garantizar el cumplimiento de los deberes inherentes al personal y miembros de los órganos de gobierno y representación de estos y, en especial, solicitar de todo su personal, cualquiera que sea la naturaleza de su relación orgánica, laboral o de colaboración, la acreditación de no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, así como por trata de seres humanos, en los términos previstos en el título V, Capítulo II, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales.

h) Facilitar la información que la Administración General del Estado estime necesaria para llevar a cabo la evaluación de los profesionales empleados por los organismos acreditados en los países de origen de las personas menores de edad.

i) Realizar las labores de supervisión, vigilancia y control de la actividad del personal y de los miembros de sus órganos de gobierno y representación, en el cumplimiento de las obligaciones y requisitos que establece la normativa vigente. En concreto, los organismos son responsables de todos los actos realizados en su nombre por el representante, en los términos establecidos por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

j) Facilitar las labores de seguimiento y control de la entidad pública competente y, en concreto, las establecidas en la sección 4.ª del Capítulo V.

Capítulo V

Acreditación de los organismos

Sección 1.^a Requisitos y procedimiento para el establecimiento del número máximo de organismos, retirada y suspensión temporal de la acreditación

Art. 15. *Criterios para el establecimiento del número máximo de organismos susceptibles de acreditación.* La Dirección General, previa consulta a la Comisión Sectorial, establecerá anualmente el número máximo de organismos de intermediación en adopción internacional que podrán desempeñar su actividad en cada uno de los países de origen, notificándolo a las entidades públicas competentes según lo establecido en el art. 151.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Para el establecimiento de ese número, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La información disponible sobre las necesidades de adopción internacional en los países de origen y el perfil de las personas menores de edad adoptables.
- b) El número de adopciones internacionales constituidas por residentes en España en cada uno de los países de origen en los últimos dos años, en relación con el número de solicitudes de adopción para dichos países en ese período de tiempo y el número de organismos para la intermediación ya acreditados por otros países de recepción. En los casos de inicio de la tramitación de adopciones en un nuevo país, se fijará este número en función de la información disponible sobre expectativas de adopción con ese país, teniendo en cuenta el número de adopciones constituidas por terceros países en los últimos dos años.
- c) La limitación que, en su caso, pueda establecer cada país de origen en cuanto al número de entidades extranjeras que puedan prestar sus servicios de intermediación en ellos.
- d) La exigencia que, en su caso, pueda imponer cada país de origen para que las adopciones internacionales en ese país se tramiten únicamente a través de organismos acreditados.
- e) El número de organismos de intermediación españoles que tengan acreditación en vigor.

Art. 16. *Procedimiento para el establecimiento del número de organismos susceptibles de acreditación en nuevos países de origen.* 1. A lo largo del primer trimestre del año, la Dirección General informará a la Comisión Sectorial del número máximo de organismos a acreditar, por cada nuevo país de origen en el que sea posible la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional. En aquellos casos en los que se haya acordado el inicio de la tramitación de los expedientes con un determinado país fuera del primer trimestre del año, la Dirección General, en el mes inmediatamente posterior y previa consulta a la Comisión Sectorial, establecerá el número máximo de organismos a acreditar para ese país e informará a esta al respecto.

2. Asimismo, en el plazo de los tres meses siguientes a la comunicación realizada a la Comisión Sectorial, las entidades públicas interesadas podrán publicar, en la forma establecida en su normativa autonómica, la correspondiente convocatoria para la concesión de nuevas acreditaciones a los organismos de intermediación en adopción internacional que tengan establecida su sede social en su territorio, para dicho país de origen.

3. Las entidades públicas, tras el estudio de los proyectos y la emisión de la correspondiente resolución de acreditación a los organismos que cumplan los requisitos establecidos en la normativa vigente, remitirán a la Comisión Sectorial el nombre de los organismos que hayan resultado acreditados, junto con el orden de prelación de estos, en caso de haber varios para un mismo país, así como un informe que permita valorar los criterios objetivos relacionados en el siguiente apartado. La eficacia de la acreditación emitida por la entidad pública quedará condicionada a la decisión tomada, en el marco de la Comisión Sectorial, teniendo en cuenta el

orden de prelación establecido tras la recepción de las acreditaciones otorgadas por todas las entidades públicas que hayan publicado la correspondiente convocatoria en su ámbito territorial.

4. Si, tras la remisión de todas las acreditaciones emitidas por las entidades públicas a la Comisión Sectorial, el número de organismos acreditados superara el establecido con antelación para algún país de origen, la Comisión Sectorial tendrá en cuenta los siguientes criterios objetivos para la valoración de los organismos, tras estudiar el informe que deberá ser remitido por la entidad pública, a partir de la documentación aportada por el organismo acreditado relativa a:

- a) Experiencia y desarrollo de actividades del organismo y de sus miembros en el ámbito de la adopción internacional.
- b) Trayectoria del organismo en el desarrollo de sus actividades para la consecución de sus fines estatutarios.
- c) Medios materiales y personales para el desarrollo de las funciones de intermediación en adopción internacional.
- d) Proyecto de actuación del organismo.
- e) Planteamiento económico de la entidad, ponderando la relación entre la calidad del servicio y el coste.

5. La Comisión Sectorial, tras tener en cuenta los referidos criterios, decidirá los organismos para los que la acreditación emitida por la correspondiente entidad pública surtirá efectos. En caso de que la Comisión Sectorial considere necesario recabar información complementaria para la toma de una decisión consensuada, ésta podrá acordar la solicitud de los informes pertinentes, por parte de la Dirección General, a los siguientes organismos y entidades, que deberán serle remitidos en el plazo de un mes:

- a) Al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, un informe que contendrá los antecedentes, si los hubiere, de la actividad desarrollada en el pasado por el organismo que solicite la acreditación en el país de origen.
- b) A la entidad pública competente en el territorio donde el organismo tenga su sede social, un informe que recoja, entre otros aspectos, la valoración del personal y, en su caso, la evaluación de la actividad de intermediación de dicho organismo en otros países de origen.
- c) A otros órganos o entidades que se estimen oportunos para complementar la valoración, como pueden ser la Comisión Técnica de Seguimiento y Control o la entidad pública competente en el territorio en que el organismo hubiese desarrollado su actividad de intermediación en adopción internacional con anterioridad.

6. La Comisión Sectorial, estudiados los informes, y de acuerdo con los criterios establecidos en el ap. 4, decidirá, de entre todos los organismos, los que finalmente resultarán autorizados para la tramitación de adopciones en ese país de origen. En caso de no haber acuerdo en la Comisión Sectorial, se remitirán las valoraciones e informes de los organismos a la autoridad central del país de origen, conforme al art. 7.5 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, solicitando que elija ésta a los organismos con los que desearía trabajar. Una vez finalizada la selección, las entidades públicas comunicarán dicha autorización a los organismos correspondientes de sus respectivos territorios.

7. En el caso de países de origen en los que no se haya cubierto el número máximo de organismos a acreditar, tras la celebración de la reunión de la Comisión Sectorial, las entidades públicas interesadas dispondrán de tres meses para publicar una convocatoria de acreditación de organismos para ese país, actuándose conforme al procedimiento anteriormente descrito.

8. Asimismo, en el supuesto de que, en un país de origen, en el que se estuviera llevando a cabo la tramitación de adopciones internacionales a través de organismos acreditados, alguno de

estos desapareciera por situaciones sobrevenidas, la entidad pública deberá comunicarlo a la Comisión Sectorial. En ese momento, si hubiera algún organismo que, tras obtener la acreditación en la anterior convocatoria, no hubiera podido ser autorizado para la intermediación en adopción internacional, siendo el siguiente en el orden de prelación, la entidad pública solicitará información al organismo acreditado, que permita comprobar que éste continúa reuniendo los requisitos que motivaron su acreditación. Tras ello, la citada acreditación pasará a surtir plenos efectos para la intermediación en el citado país de origen. En caso de no haber ningún organismo con acreditación previa para ese país de origen, se actuará conforme al procedimiento previsto en el apartado 7.

Art. 17. *Traspaso de expedientes entre organismos acreditados.* Si algún país de origen estableciera un límite en el número de expedientes a tramitar para cada organismo acreditado en este y resultase que alguno de ellos no tuviera expedientes a tramitar en dicho país, estos organismos podrán asumir, previa información a la entidad pública del lugar de residencia de las personas que se ofrecen para la adopción, y con el consentimiento de estas últimas, expedientes que estuvieran tramitándose por otros organismos acreditados que tuvieran un elevado número de expedientes en trámite, para no demorar innecesariamente su resolución, si el organismo con el que iniciaron la tramitación estuviera de acuerdo y sin perjuicio de lo establecido en la normativa autonómica que resulte de aplicación, debiendo cumplir el organismo con el que se inició la tramitación del expediente las obligaciones establecidas en la normativa autonómica para la resolución del contrato firmado con las personas que se ofrecen para la adopción.

Art. 18. *Requisitos generales para la acreditación.* Los organismos interesados en realizar funciones de intermediación en adopción internacional, deberán reunir los siguientes requisitos generales para su acreditación, sin perjuicio de lo establecido en la normativa autonómica vigente:

- a) Ser una entidad sin ánimo de lucro, legalmente constituida y con inscripción vigente en el registro correspondiente.
- b) Tener como finalidad, según sus estatutos, la protección de las personas menores de edad, de acuerdo con lo previsto en la normativa española, y con los principios recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, así como en cualquier norma que le sea de aplicación.
- c) Tener domicilio social en territorio español y representación en el país de origen.
- d) Prestar todos los servicios de intermediación, que figuran en los artículos precedentes, a las personas con residencia habitual en España que se ofrezcan para la adopción, cualquiera que sea su comunidad autónoma de residencia.
- e) Hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, lo cual podrá comprobarse por el órgano de la entidad pública competente, por medio de consulta directa de la información a la Agencia Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, para consultar los datos correspondientes en estas materias durante la gestión del procedimiento, siempre que el organismo interesado así lo haya autorizado expresamente.
- f) Disponer de un plan financiero que permita atender las obligaciones adquiridas, llevar una contabilidad de acuerdo con lo que se establezca en el plan de contabilidad para las entidades sin fines lucrativos y disponer de una sede en España con la dotación material necesaria para garantizar la adecuada atención a las familias.

Art. 19. *Procedimiento de acreditación.* La acreditación de los organismos interesados en realizar funciones de intermediación en adopción internacional, deberá llevarse a cabo por el

procedimiento establecido en la normativa vigente de la comunidad autónoma donde el organismo tenga establecida su sede social. Esta comunidad autónoma será la única a la que éste podrá dirigir la solicitud de acreditación.

Art. 20. *Resolución de acreditación.* 1. La resolución de la entidad pública que acredite a un organismo para realizar funciones de intermediación en adopción internacional, especificará las funciones y actuaciones previstas en este reglamento y en la normativa autonómica vigente, para las cuales se le acredita, la determinación del país de origen o, en su caso, la región o estado de este para el que se concede la acreditación, así como los costes autorizados de la tramitación de un ofrecimiento de adopción dirigido a ese país, distinguiendo las cantidades que correspondan a los costes indirectos y a los costes directos, a los que se refiere el art. 24.

2. La Dirección General comunicará a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, el nombre y domicilio de los organismos acreditados por las entidades públicas, previo traslado de la información correspondiente por parte de estas, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 28.2º.

Art. 21. *Retirada y suspensión temporal de la acreditación.* 1. La entidad pública que haya acreditado a un organismo para un país de origen, podrá retirarle la acreditación mediante resolución motivada, dictada en expediente contradictorio y con audiencia de éste, en la forma y en los supuestos establecidos en la normativa autonómica vigente y, en cualquier caso, cuando se dé uno de los siguientes supuestos:

- a) Que el organismo dejara de reunir los requisitos y condiciones exigidas.
- b) Que no cumpliera las obligaciones y/o las funciones previstas en este reglamento.
- c) Que fuese inhabilitado por la autoridad competente del país de origen para el que estaba acreditado.

Igualmente, la entidad pública podrá decidir la suspensión temporal de la entrega de expedientes a un organismo acreditado, mediante resolución motivada en la que se haga constar el periodo de suspensión.

2. El organismo cuya acreditación sea retirada por causas que le sean imputables, no podrá volver a solicitar acreditación para ese país de origen hasta el transcurso del plazo establecido en la correspondiente normativa autonómica, que en ningún caso podrá superar los diez años.

3. La Dirección General comunicará a la autoridad central del país de origen, así como a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, la retirada de la acreditación a un organismo por parte de una entidad pública, previo traslado de la información correspondiente por parte de esta, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 28.2.

Sección 2.ª Cooperación y fusión entre organismos acreditados

Art. 22. *Acuerdos de cooperación y fusión entre organismos acreditados.* 1. Cuando dos o más organismos acreditados suscriban un acuerdo de cooperación entre ellos para solventar situaciones sobrevenidas o para un mejor cumplimiento de sus fines, deberán comunicar a las entidades públicas donde cada uno tenga establecida su sede social, el contenido y los términos de la cooperación de forma detallada y las actuaciones que va a realizar cada organismo en virtud de dicho acuerdo. La entidad o entidades públicas afectadas comunicarán de forma detallada el contenido y los términos de la cooperación a la Comisión Técnica de Seguimiento y Control, en el plazo de diez días hábiles desde su formalización.

2. Cuando dos o más organismos acreditados se fusionen, creando un nuevo organismo con personalidad jurídica única, éste solicitará a la entidad pública del lugar donde vaya a

establecer su sede, que será necesariamente la de la comunidad autónoma donde esté acreditado alguno de los organismos que se fusionen, la acreditación para la intermediación en el país o países de origen para el/los que alguno de estos organismos estuviera previamente acreditado. La entidad pública correspondiente, una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos establecidos en este reglamento y en la normativa autonómica vigente, emitirá directamente la resolución de acreditación del nuevo organismo. La entidad pública que haya acreditado al organismo resultante comunicará de forma detallada a la Comisión Técnica de Seguimiento y Control el contenido y los términos de la fusión, en el plazo de diez días hábiles desde su acreditación.

3. La Dirección General comunicará a las autoridades competentes del país de origen, así como a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, el nombre y domicilio social de este nuevo organismo, previo traslado de la información correspondiente por parte de la entidad pública que haya otorgado la acreditación, tras seguir el procedimiento establecido en el art. 28.2.

Sección 3.^a Modelo básico de contrato entre los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional y las personas que se ofrecen para la adopción

Art. 23. *Homologación del contrato.* 1. La Comisión Sectorial aprobará el modelo básico de contrato homologado entre el organismo de intermediación en adopción internacional y las personas que se ofrecen para la adopción, previa solicitud de aportaciones a los organismos acreditados.

2. Se podrán solicitar aportaciones a otros organismos y organizaciones afines y vinculadas con la adopción. En todo caso, se deberá solicitar informe a la Agencia Española de Protección de Datos en lo que respecta a las cláusulas del contrato que se refieran expresamente al tratamiento y cesión de datos de carácter personal.

3. La forma y contenido de cualquier contrato entre el organismo y las personas que se ofrecen para la adopción, deberá adaptarse en todo caso a este modelo homologado.

Art. 24. *Contenido del modelo del contrato.* 1. El modelo de contrato contendrá las cláusulas básicas para la tramitación de expedientes de adopción internacional, que deberán figurar en todos los contratos. A este modelo se añadirán, como anexos, los costes para la tramitación y cuestiones específicas y particulares de la tramitación en algunos países de origen, que habrán de ser aprobados por la entidad pública correspondiente.

2. El modelo de contrato incluirá, al menos, los siguientes elementos:

- a) Objeto del contrato.
- b) Funciones de los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional.
- c) Obligaciones de los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional.
- d) Obligaciones de las personas que se ofrecen para la adopción.
- e) Derechos de los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional.
- f) Derechos de las personas que se ofrecen para la adopción.
- g) Protección de datos y confidencialidad.
- h) Causas de extinción del contrato y procedimiento de liquidación de este en función de las causas de resolución del contrato.
- i) Inicio y terminación.

j) Cláusula de revisión económica del contrato sobre la posibilidad de actualización de los costes por la tramitación del expediente de adopción, en situaciones que lo justifiquen, y previa autorización de la entidad pública en cuyo territorio tenga su sede el organismo acreditado, en lo relativo a los costes originados en España.

k) Fórmula de pago.

l) Fórmula de extinción anticipada del contrato.

m) Cuestionario de valoración del servicio prestado por el organismo acreditado, que la familia adoptante deberá remitir, una vez finalizada la tramitación de su expediente, a la entidad pública que haya tramitado su expediente.

3. En el anexo referido a los costes del procedimiento de adopción se incluirán, de forma detallada, al menos, los siguientes elementos:

a) Costes directos e indirectos de la tramitación del expediente producidos en España.

b) Costes directos e indirectos de la tramitación del expediente producidos en el país de origen de la persona menor de edad.

c) Costes derivados de los seguimientos postadoptivos.

Sección 4.^a Seguimiento y control de las actividades de los organismos acreditados

Art. 25. *Funciones de seguimiento y control.* 1. Las entidades públicas que hayan acreditado a organismos de intermediación ejercerán las funciones de seguimiento y control respecto al funcionamiento general del organismo acreditado en el territorio de su comunidad autónoma, así como las relativas a la actividad que desarrollen en el país de origen. Para el desarrollo de estas últimas, se coordinarán con la Dirección General, que trasladará las solicitudes de colaboración de las entidades públicas a la Dirección General encargada de asuntos consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

2. El seguimiento y control del organismo acreditado que haya llevado a cabo la tramitación de un expediente de adopción corresponderá a las entidades públicas que hayan tramitado o estén tramitando el expediente de las personas que se ofrecen para adoptar.

Art. 26. *Comisión Técnica de Seguimiento y Control.* 1. La Comisión Técnica de Seguimiento y Control, que se ha de crear en el marco de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, de acuerdo con lo determinado por el art. 14 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, tiene la función de coordinar las actuaciones de seguimiento y control de los organismos acreditados.

2. La Comisión Técnica de Seguimiento y Control estará integrada por:

a) Una persona en representación de la Dirección General, que actuará como titular de la presidencia.

b) Una persona en representación de la Dirección General, que actuará como titular de la secretaría.

c) Una persona en representación de cada una de las entidades públicas competentes.

d) Una persona, con voz pero sin voto, en representación del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

e) Podrán participar, con voz pero sin voto, personal funcionario de otros ministerios implicados.

3. De acuerdo con lo establecido en el citado art. 14, se establecerán, entre otras, sus funciones, periodicidad de sus reuniones, el sistema de calidad para la valoración objetiva y continuada del servicio prestado por los organismos acreditados, el procedimiento para el desarrollo de las funciones de seguimiento y control, así como las actuaciones de los organismos acreditados para su supervisión.

Capítulo VI

Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias

Art. 27. *Creación y organización del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias.* 1. Se crea el Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias, en adelante, Registro. Será único para todo el territorio nacional, con adscripción y dependencia de la Dirección General.

2. La implementación y seguimiento del Registro se realizará mediante el sistema informático ADIN, al que tendrán acceso las entidades públicas, para la introducción y consulta de datos de los organismos acreditados. Las funciones del Registro que le corresponden a la Administración General del Estado lo son sin perjuicio de las funciones ejecutivas correspondientes a las entidades públicas, debiendo aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las citadas entidades públicas que detentan las competencias ejecutivas en la materia.

3. El citado sistema informático estará plenamente operativo seis meses después de la entrada en vigor de este reglamento.

4. El Registro constará de dos secciones:

- a) Sección primera: Registro de Organismos Acreditados.
- b) Sección segunda: Registro de Reclamaciones e Incidencias.

Art. 28. *Sección primera: Registro de Organismos Acreditados.* 1. La sección primera del Registro será pública, general y gratuita. No obstante, lo anterior, el acceso a los datos a los que se refieren los apartados 3.a).4.º y 3.b).2.º, solo podrá tener lugar cuando se acredite la existencia de un interés legítimo para ello.

2. En esta sección, las entidades públicas inscribirán de oficio los organismos que hayan sido acreditados en su territorio y autorizados en el país de origen por las autoridades competentes.

3. En el asiento registral de cada organismo, se harán constar expresamente:

a) Datos generales:

- 1.º Datos identificativos del organismo de intermediación.
- 2.º Domicilio social.
- 3.º Composición de los órganos de gobierno y su representación.
- 4.º Composición del equipo técnico y sus respectivas modificaciones.

b) Datos específicos por país de origen:

- 1.º Identificación del país para el que el organismo ha sido acreditado.
- 2.º Identificación del representante en el país de origen.

3.º Costes autorizados por la tramitación de cada expediente de adopción, que incluirán tanto los costes directos como los indirectos en España y en el país de origen, así como los costes autorizados por la realización de los informes de seguimiento postadoptivo.

c) En relación con la acreditación en España:

1.º Fecha de la acreditación, entidad pública otorgante y vigencia de la misma.

2.º Fecha de las prórrogas concedidas o sucesivas autorizaciones y de las posibles denegaciones, en su caso, con indicación de los motivos determinantes de la misma, recursos interpuestos, si los hubiera, y resolución de estos.

3.º Fecha de la resolución por la que se suspende temporalmente la entrega de expedientes al organismo de intermediación y período de suspensión, en su caso.

4.º Fecha del levantamiento de la suspensión, en su caso.

5.º Fecha de la resolución de retirada de la acreditación, en su caso, con indicación de los motivos determinantes de la misma, recursos interpuestos, si los hubiera, y resolución de estos.

d) En relación con la autorización concedida por el país de origen:

1.º Fecha de la autorización en el país de origen, organismo otorgante y vigencia de la misma.

2.º Fecha de las prórrogas concedidas o sucesivas autorizaciones y de las posibles denegaciones, en su caso.

3.º Fecha de la resolución de suspensión temporal de la autorización de la actividad del organismo de intermediación y período de suspensión, en su caso.

4.º Fecha del levantamiento de la suspensión, en su caso.

5.º Fecha de la resolución de retirada de la autorización, en su caso, con indicación de los motivos determinantes de la misma, recursos interpuestos, si los hubiera, y resolución de estos.

e) Acuerdos de colaboración con otros organismos.

4. Los organismos de intermediación están obligados a comunicar a la entidad pública que haya otorgado la acreditación, en el plazo de un mes, cualquier variación en los datos señalados en este artículo.

5. La extinción de un organismo acreditado implicará la práctica del correspondiente asiento de baja en el Registro, en el que se hará constar el motivo causante de la extinción y la fecha de efecto de la misma.

6. La persona titular de la Dirección General expedirá las certificaciones sobre los datos que consten en el Registro, inscritos por las entidades públicas.

7. Las personas interesadas tendrán acceso a la información contenida en la sección primera del Registro, a través de la página web del ministerio con competencias en materia de infancia y adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el ap. 1.

Art. 29. *Sección segunda: Registro de Reclamaciones e Incidencias.* 1. En la sección segunda del Registro, se anotarán las reclamaciones e incidencias presentadas por cualquier usuario o usuaria de un organismo de intermediación, en relación con los servicios prestados por estos, tanto en España como en el país de origen, así como la estimación o desestimación de la reclamación o incidencia comunicada.

2. Los asientos de las reclamaciones e incidencias que se practiquen indicarán, al menos, la fecha de presentación de la reclamación o incidencia y el momento de su entrada en el Registro,

la identificación de las partes afectadas, expresión sucinta del motivo de cada reclamación o incidencia, así como el resultado, en su caso, de las acciones de seguimiento y control por parte del órgano competente y la resolución de la reclamación o incidencia.

3. La entidad pública competente para la resolución de la reclamación o incidencia será la responsable de la tramitación del expediente de adopción internacional. En caso de que ésta sea distinta a la Entidad que otorgó la acreditación al organismo afectado, la Entidad que tramitó el expediente podrá dirigirse a la que otorgó la acreditación para solicitar informe y proceder a su resolución.

4. La presentación de reclamaciones o incidencias respecto a las actividades realizadas, tanto en España como en el país de origen, por los organismos de intermediación, se sujetará a las siguientes reglas:

a) Todos los organismos acreditados tendrán a disposición hojas de reclamaciones e incidencias respecto a dichas actividades, ajustadas al modelo que se establezca por la entidad pública en cuyo territorio tengan su sede, y estarán obligados a exhibirlas al público en lugar visible y en su página web. La Dirección General promoverá, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 26/2015, de 28 de julio, un modelo común con las entidades públicas.

b) Las hojas de reclamaciones e incidencias también estarán disponibles en la página web de las entidades públicas.

c) Las personas usuarias de los organismos acreditados, podrán presentar sus reclamaciones o notificar incidencias, acompañadas de la documentación acreditativa de los hechos que se exponen y preferentemente por medios electrónicos, ante la entidad pública que haya tramitado su ofrecimiento de adopción internacional y en cualquiera de los lugares previstos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Se garantizará que se den los parámetros y condiciones que aseguren la accesibilidad para que las personas con discapacidad también puedan registrar sus reclamaciones e incidencias en este Registro.

d) En el caso de que se presenten ante la entidad pública responsable de la tramitación del expediente, ésta procederá a su asiento en el Registro según lo establecido en los apartados 1 y 2, en el plazo de diez días hábiles a partir de su presentación, para la puesta en conocimiento de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control. La citada entidad deberá comunicar, igualmente, la resolución de la reclamación o incidencia en el plazo de diez días hábiles, a partir de que se produzca, a la Comisión Técnica de Seguimiento y Control, mediante su asiento en el Registro.

e) En el caso de que se presenten ante una entidad pública distinta a la responsable de la tramitación del expediente o, directamente, ante los organismos de intermediación, la citada entidad o el organismo, en su caso, procederá a remitir la reclamación o incidencia a la entidad pública responsable de la tramitación del expediente, en el plazo de diez días hábiles, a partir de su presentación, a fin de que ésta proceda conforme a lo establecido en los apartados anteriores.

f) Cuando de la reclamación o incidencia se deduzca el incumplimiento por parte del organismo de intermediación de las obligaciones inherentes a la acreditación, establecidas en la normativa vigente, la entidad pública que otorgó la acreditación, iniciará, de oficio, un expediente contradictorio, en los términos establecidos en la normativa autonómica, comunicándolo en el plazo de diez días hábiles a la Comisión Técnica de Seguimiento y Control.

5. Tendrán acceso a la sección segunda del Registro:

a) Las personas que presenten la reclamación o incidencia, en lo relativo a su reclamación o incidencia.

b) Los organismos destinatarios de las mismas, en lo relativo a los expedientes que hayan tramitado.

- c) Las entidades públicas competentes en materia de adopción internacional, en lo relativo a los expedientes que tramiten en la materia.
 - d) Las oficinas o secciones consulares españolas de los países de origen, en lo relativo a los expedientes tramitados para ese país.
 - e) Los miembros de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control.
6. El acceso a los datos inscritos en la sección segunda del Registro y su posterior tratamiento, se llevará a cabo de conformidad con las previsiones contenidas al respecto en la normativa en materia de protección de datos personales.
7. La persona titular de la Dirección General expedirá las certificaciones sobre los datos que consten en el Registro, inscritos por las entidades públicas.

15. NUEVO REAL DECRETO DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA QUE DESARROLLA EL RÉGIMEN DE CONTROL DE INVERSIONES QUE FUE IMPLANTADO A TRAVÉS DE LA INTRODUCCIÓN DEL ART. 7 BIS DE LA LEY 19/2003 EN MARZO DE 2020 (5 julio 2023)

El BOE de 5.7.2023 publica el *Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores, que desarrolla el régimen de control de inversiones que fue implantado a través de la introducción del art. 7 bis de la Ley 19/2003 en marzo de 2020*. El resultado es una normativa de control de inversiones españolas clara, predecible y con mayor seguridad jurídica.

Este Real Decreto permite al inversor reducir las cargas y posibles trabas administrativas y se reducen los plazos de respuesta y de resolución, que era una de las principales demandas de las empresas e inversores.

También se mejora la calidad de las estadísticas del Registro de Inversiones Exteriores, adaptándose la normativa al estándar mundial, que está contenido en la «Definición Marco de Inversión Exterior Directa» de la OCDE.

Ámbitos de actuación y plazos del nuevo Real Decreto

Para el control de las inversiones extranjeras era necesario promulgar un nuevo real decreto que desarrollara el marco normativo nacional que cambió con la introducción del art. 7 bis de la Ley 19/2003 en 2020, que suspende el régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España que quedan sujetas a autorización previa.

En segundo lugar, el real decreto era también necesario para adaptar la normativa española a la normativa comunitaria en este ámbito de control de inversiones, el Reglamento de control de Inversiones de la Unión Europea (UE) que entró en vigor en octubre de 2020 (Reglamento 2019/452), que establece un marco reglamentario para los mecanismos de control de inversiones extranjeras procedentes de fuera de la UE en los Estados miembros por motivos de seguridad y orden público.

Así, el nuevo real decreto de inversiones establece el tipo de empresas extranjeras y de operaciones que necesitan o no solicitar una autorización de inversión a la administración, lo que mejora la predictibilidad de la norma. Además, se establecen una serie de exenciones al régimen de autorización previa.

Entre otras medidas, también se mejoran y reducen los plazos administrativos para los inversores extranjeros. El plazo de resolución pasa de los seis meses actuales a tres meses. Aparte, se prevé la posibilidad de consulta voluntaria, vinculante para la administración y con un plazo de respuesta de 30 días hábiles.

Contenido

Este real decreto se estructura en veintiséis artículos distribuidos en cinco Capítulos, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El Capítulo I (arts. 1 y 2) dispone el objeto y ámbito aplicación.

El Capítulo II (arts. 3 a 5) se dedica a la declaración de las inversiones extranjeras en España en lo relativo a sus aspectos subjetivo y objetivo, así como a la propia declaración de las inversiones al Registro de Inversiones, preceptiva y obligatoria, con una finalidad administrativa o estadística, con carácter posterior a su realización.

El Capítulo III (arts. 6 a 8) contempla estos mismos aspectos, referidos al régimen de las inversiones españolas en el exterior.

En esencia, en ambos casos se trata de limitar y actualizar las inversiones declarables a la información necesaria para elaborar las estadísticas de Inversión Directa Exterior.

El Capítulo IV (arts. 9 a 20) desarrolla el régimen aplicable en caso de suspensión del régimen de liberalización de inversiones exteriores de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, y la Ley 19/2003, de 4 de julio, a través de cuatro secciones.

La sección 1.^a (arts. 9 a 12) desarrolla las previsiones comunes a aplicar en el caso de que se suspenda el régimen general de liberalización de inversiones previsto por defecto en el marco jurídico aplicable. En este sentido, se regula *ex novo* un procedimiento de consulta voluntaria para aclarar si una determinada operación queda o no sometida a autorización en aplicación del régimen vigente. Asimismo, se desarrolla el régimen común aplicable a la suspensión del régimen de liberalización, así como los sujetos a priori sometidos a autorización, en aplicación del marco jurídico anteriormente referido, así como la obligación de los notarios de informar a los interesados del régimen aplicable a las inversiones exteriores, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. La sección 2.^a (art. 13) desarrolla el régimen de autorización previa de inversiones extranjeras en España y españolas en el extranjero por acuerdo del Consejo de Ministros, en aplicación del art. 7 de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

La sección 3.^a (arts. 14 a 17) desarrolla el régimen de autorización previa de inversiones extranjeras en España y españolas en el extranjero por Acuerdo del Consejo de Ministros, en aplicación del art. 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio. En este sentido, se regula el régimen de autorización de determinadas inversiones exteriores procedentes de países no miembros de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio, dando cuenta de las cuestiones generales del procedimiento, los ámbitos de inversión a los que se aplica este régimen, las características del inversor que han de ser tenidas en cuenta a efectos de su aplicación, y las exenciones al mismo.

La sección 4.^a (arts. 18 a 20) concreta el régimen de autorización previa para inversiones exteriores en España en determinados ámbitos materiales; en primer lugar, en los arts. 18 y 19 se desarrollan el régimen aplicable a inversiones en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional y el régimen aplicable a inversiones en actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil u otro material de uso por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo único de la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España. Finalmente, el art. 20 concreta el régimen de autorización previa al que quedarían sometidas las adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea, sobre la base de que es el Estado extranjero y no la persona física extranjera que pueda estar residiendo en España al llevar a cabo la gestión, quien, en última instancia, procede a la adquisición de los mismos.

El Capítulo V (arts. 21 a 26) recoge una serie de cuestiones de ámbito general que concretan los órganos y obligaciones que completan el marco normativo aplicable en materia de

inversiones exteriores; así, en el art. 21 se presenta la Junta de Inversiones Exteriores como órgano colegiado interministerial, de los previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con funciones de informe en materia de inversiones exteriores; en el art. 22 se recoge el informe a publicar anualmente por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con información sobre las inversiones extranjeras y los mecanismos de control aplicados, en aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019; los arts. 23 y siguientes recogen disposiciones comunes relativas al seguimiento de lo dispuesto en este real decreto, al efecto de los cambios de domicilio social o de residencia, y al efecto del incumplimiento de las obligaciones dispuestas, así como al tratamiento de los datos personales y la confidencialidad de la información transmitida.

Finalmente existen tres disposiciones transitorias cuyo objetivo es mantener la continuidad de las declaraciones de inversión y el correcto funcionamiento del Registro de Inversiones, una disposición derogatoria y tres finales.

Por otro lado, en relación con los procedimientos de los arts. 9.1.a), 13, y 14, se establece la obligatoriedad de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. Teniendo en cuenta las características propias de las operaciones de inversión que se analizan, se considera acreditado que las personas físicas intervinientes tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

16. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL SISTEMA DE ACOGIDA EN MATERIA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (Orden ISM/922/2023, de 6 de julio)

El BOE 3.8.2023 publica la *Orden ISM/922/2023, de 6 de julio, por la que se desarrolla el régimen disciplinario del sistema de acogida en materia de protección internacional, cuyo objeto es regular el sistema de faltas y sanciones a aplicar en el sistema de acogida de protección internacional*.

Esta disposición desarrolla la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que regula en su art. 33, los supuestos de reducción o retirada de las condiciones de acogida. Dicho precepto refiere que el sistema de faltas y sanciones a aplicar en el sistema de acogida será el que de forma reglamentaria establezca el Ministerio competente. Ello implica una habilitación *per saltum* para la aprobación de esta orden que se hace necesaria para definir el ejercicio de las competencias y los principios de la potestad disciplinaria, las especificidades de procedimiento, el régimen de recursos, las relaciones con el ámbito penal, graduar el catálogo de conductas, las sanciones, el reembolso y el caso de los menores.

Lo establecido en este precepto está en línea con el art. 20 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, lo que implica que la aprobación de esta norma supone una completa trasposición de sus contenidos a nuestro ordenamiento jurídico. La posibilidad de reducir o retirar las condiciones de acogida es, por otra parte, necesaria según la norma europea para evitar la posibilidad de abuso del sistema.

Por su parte, el art. 32 del Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, distingue en sus dos apartados los hechos que pueden dar lugar a una reducción de las actuaciones de acogida de los que puede suponer la retirada de esas condiciones. Sin embargo, algunas de las acciones u omisiones que en ambos apartados se enumeran se refieren al régimen disciplinario que resulte aplicable, que será el que en su caso determine, en función de la gravedad de la conducta, si procede efectivamente la reducción o la retirada de las condiciones de acogida.

De acuerdo con esta disposición

Art. 1. *Objeto*. El objeto de esta orden es regular el sistema de faltas y sanciones a aplicar en el sistema de acogida de protección internacional.

Art. 2. *Competencia y principios*. 1. El ejercicio de la potestad disciplinaria aplicable a aquellas personas destinatarias de las actuaciones, prestaciones o servicios del sistema de acogida de protección internacional de conformidad con lo establecido en el art. 3 del Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, corresponde a la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal de la Secretaría de Estado de Migraciones de conformidad con lo señalado por el art. 7 bis del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

2. Los principios que rigen el procedimiento por el que se reduzcan o retiren las condiciones de acogida serán los establecidos en el Capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, para el ejercicio de la potestad disciplinaria. En todo caso, la imposición de las sanciones se realizará de forma individual, objetiva e imparcial, y estará debidamente motivada.

Art. 3. *Procedimiento*. 1. El procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad disciplinaria será el previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con las especificidades previstas en este reglamento.

2. El procedimiento se iniciará de oficio y motivadamente por acuerdo de la persona titular de la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal, de alguna de las siguientes formas:

a) Por propia iniciativa cuando, a través de personal funcionario adscrito a la Subdirección General de la que dependen los recursos del sistema de acogida, se tenga conocimiento de la existencia de acciones u omisiones susceptibles de constituir infracciones disciplinarias.

b) Por petición razonada realizada por otro órgano administrativo.

c) Por denuncia de la persona responsable del centro o recurso del sistema de acogida de protección internacional que no estén gestionados directamente por la administración pública referidos en el art. 7 del Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, o de cualquier persona que pudiera tener conocimiento de los hechos conforme a lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Cualquiera de las personas que tengan una relación laboral o estatutaria con algunos de los agentes del sistema de acogida tendrá una obligación cualificada de denunciar de conformidad con lo establecido en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando observe en el ejercicio de sus funciones acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de delito.

3. Las actuaciones de instrucción necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución disciplinaria, corresponden al órgano directivo con rango de Subdirección General del que depende la gestión de los recursos del sistema de acogida de protección internacional, que elevará propuesta de resolución al órgano competente para imponer la sanción. La propuesta de resolución deberá ser notificada a los interesados en los términos del art. 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

4. Será competente para resolver e imponer las sanciones previstas en el art. 10 la persona titular de la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal.

5. Se podrán acordar en cualquier momento del procedimiento, mediante acuerdo motivado, las medidas provisionales que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, así como para evitar la persistencia de los efectos de la infracción. Estas medidas no podrán implicar la reducción o retirada de las condiciones materiales de acogida previstas en el art. 2.g) del Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo.

6. Si durante la instrucción del procedimiento se tuviera conocimiento de la posible concurrencia de los supuestos previstos en los arts. 8, 9, 11 y 12 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, se pondrá en conocimiento del órgano competente en la tramitación del procedimiento de solicitud de protección internacional.

Art. 4. *Lengua del procedimiento.* De conformidad con lo previsto en el art. 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el procedimiento se tramitará en castellano.

Sin perjuicio de lo anterior, los interesados tendrán derecho a intérprete en una lengua que comprendan conforme a lo previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y el art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Art. 5. *Recursos.* Contra las resoluciones sancionadoras, podrá interponerse recurso de alzada ante el titular de la Secretaría de Estado de Migraciones en el plazo de un mes. Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que haya recaído resolución se podrá entender desestimado.

Las resoluciones de los recursos de alzada serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Art. 6. *Infracciones leves.* Serán consideradas infracciones leves las siguientes acciones u omisiones producidas en cualquier fase del sistema de acogida:

a) La falta reiterada al menos en tres ocasiones, de asistencia o puntualidad no justificada a clases, talleres, entrevistas, actividades, citas o compromisos adquiridos dentro del itinerario de acogida.

b) El incumplimiento reiterado de las normas de funcionamiento básico de los centros o recursos que integran el sistema de acogida en materias tales como la higiene personal, limpieza y orden, realización de tareas, participación en actividades y respeto a los horarios y normas de convivencia establecidas de conformidad con lo previsto en el art. 25.4º del Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo.

Art. 7. *Infracciones graves.* Serán consideradas infracciones graves las siguientes acciones u omisiones producidas en cualquier fase del sistema de acogida:

a) La comisión de una tercera infracción leve, cuando en el plazo del año anterior la persona presuntamente infractora hubiera sido sancionada por dos infracciones leves mediante resolución administrativa firme.

b) El abandono del lugar de residencia asignado durante más de veinticuatro horas y menos de setenta y dos horas o la pernoctación fuera del recurso, sin contar con autorización expresa del personal responsable.

c) La tenencia o el acceso a recursos económicos públicos o privados que permitan hacer frente a parte de los costes de las condiciones de acogida y haber ocultado su existencia o tener la posibilidad de acceder a ellos y rechazar la opción injustificadamente.

d) La vulneración de los derechos de otras personas residentes o del personal encargado de los centros o recursos donde estén acogidos llevando a cabo acciones u omisiones que supongan un riesgo para su derecho a la integridad física, psíquica, intimidad o seguridad y que no constituya infracción muy grave.

e) La perturbación grave de la convivencia.

f) El acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de sexo, nacionalidad, origen racial o étnico, orientación sexual, identidad de género y cualquier otra circunstancia personal o social a las personas residentes o al personal encargado de los centros o recursos donde estén acogidas, cuando no constituya infracción penal.

Art. 8. *Infracciones muy graves*. Serán consideradas infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones producidas en cualquier fase del sistema de acogida:

a) La comisión de una segunda infracción grave, siempre que en el plazo del año anterior la persona presuntamente infractora hubiera sido sancionada por una infracción grave mediante resolución administrativa firme.

b) El abandono del lugar de residencia asignado durante más de setenta y dos horas, sin contar con autorización expresa del personal responsable.

c) La tenencia o el acceso a recursos económicos públicos o privados que puedan hacer frente a la totalidad de los costes de las condiciones de acogida y haber ocultado su existencia o tener la posibilidad de acceder a ellos y rechazar la opción injustificadamente.

d) La vulneración de los derechos de otras personas residentes o del personal encargado de los centros o recursos donde estén acogidos llevando a cabo actuaciones que supongan un daño o perjuicio para su derecho a la integridad física, psíquica, intimidad o seguridad y que no constituyan infracción grave.

e) La perturbación muy grave de la convivencia mediante comportamientos violentos.

Art. 9. *Sanciones*. Las infracciones tipificadas en los arts. Anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:

1. Las infracciones leves podrán ser sancionadas con una minoración de las ayudas económicas de entre un 10 % y un 50 % durante entre uno y tres meses.

2. Las infracciones graves podrán ser sancionadas con alguna de las siguientes sanciones:

a) La minoración de las ayudas económicas entre un 50 % y un 90 % durante entre cuatro y doce meses.

b) El traslado a otro recurso de acogida.

c) La retirada temporal de todas o algunas de las condiciones materiales de acogida por un plazo de entre uno y tres meses.

3. Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con alguna de las siguientes sanciones:

a) La retirada temporal de todas o algunas de las condiciones materiales de acogida por un plazo de entre tres y seis meses.

b) La retirada obligatoria y definitiva de todas o algunas de las condiciones de acogida, sin perjuicio del acceso a otras ayudas sociales que en su caso le correspondan y que garanticen unas condiciones de vida dignas.

4. En el caso de las infracciones previstas en los arts. 7.b) y 8.b) cuando se localice a la persona solicitante o esta se presente voluntariamente ante la autoridad competente se tomará una decisión motivada basada en las razones de la desaparición sobre la nueva concesión de alguna o todas las condiciones materiales de acogida retiradas o reducidas.

5. La determinación de la sanción aplicable se hará de conformidad con lo establecido en el art. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. En particular, la resolución se basará en la situación de la persona, especialmente por lo que respecta a las personas en situación de vulnerabilidad.

Art. 10. *Reembolso y reparación de daños causados.* 1. En aquellos supuestos en los que se compruebe que la persona destinataria dispone o ha accedido a suficientes medios económicos, beneficiándose indebidamente de los recursos del sistema de acogida, además de la sanción que en su caso corresponda se procederá a la reclamación del reembolso de las prestaciones recibidas.

2. La reparación de los daños causados, así como la indemnización a las personas perjudicadas, será exigible a través del procedimiento legal correspondiente.

Art. 11. *Menores.* 1. En el caso de que alguna de las acciones u omisiones se realice por personas menores de edad, se iniciará un proceso de intervención psicosocial de acuerdo con lo establecido en las normas que regulan su estatuto jurídico como medida sustitutiva del régimen de sanciones.

2. Serán responsables del cumplimiento de estas medidas de intervención psicosocial quienes tengan atribuido el ejercicio de la tutela o la patria potestad.

17. ACTUACIÓN DE LOS ABOGADOS DEL ESTADO EN REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DEL REINO DE ESPAÑA ANTE LOS TRIBUNALES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES O SUPRANACIONALES Y EN ARBITRAJES, CONCILIACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS (20 julio 2023)

El BOE 20.7.2023 publica el *Real Decreto 649/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en el ámbito de la Abogacía General del Estado*

La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, se promulgó con el objetivo de dar una eficaz respuesta a la necesidad de instrumentar una asistencia jurídica al Estado acorde con los postulados de una Administración moderna, austera, eficaz y tributaria de un sometimiento pleno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Para ello, la citada ley contiene, junto con unas mínimas normas organizativas, una regulación moderna y plenamente adaptada a la Constitución de las especialidades procesales del Estado y una unificación y clarificación de la normativa existente, remitiéndose el legislador a un ulterior desarrollo reglamentario necesario para que la ley alcanzara toda su virtualidad y eficacia.

En lo referente a la asistencia jurídica al Estado, este desarrollo reglamentario se produjo a través del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. Esta disposición supuso un importante hito en la normativa reguladora de la asistencia jurídica del Estado, tanto en lo referente a los aspectos puramente organizativos de la estructura administrativa llamada a desempeñar esa función, como en los relativos a la forma en que tal asistencia había de desarrollarse en sus dos tradicionales facetas, consultiva y contenciosa: en todos ellos el reglamento realizó una importante labor de unificación, coordinación y actualización de una normativa hasta la fecha dispersa en un gran número de reales decretos dictados a lo largo de un dilatado periodo de tiempo.

Transcurridos casi veinte años desde la promulgación del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, resulta preciso proceder a la actualización de esta normativa, a fin de adecuarla a las siempre cambiantes circunstancias en las que la asistencia jurídica al Estado ha de desarrollarse y a las necesidades sentidas por los órganos y entidades en favor de los cuales los Abogados del Estado desempeñan sus funciones.

A estos efectos se ha considerado conveniente regular de forma separada aspectos que hasta la fecha venían siendo tratados de forma conjunta en los reglamentos que, sobre la materia que aquí nos ocupa, se han sucedido en el tiempo, a pesar de ser muy distinta su naturaleza jurídica y diferentes los trámites exigidos para la elaboración de la normativa relativa a unos y otros.

En efecto, en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, se abordaban cuestiones que han de ser calificadas como desarrollo y ejecución de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, por lo que las normas relativas a las mismas requieren el previo dictamen del Consejo de Estado. Es más, algunas de estas normas deben ser calificadas como normas procesales, por lo que su aprobación requiere adicionalmente el previo informe del Consejo General del Poder Judicial.

Pero junto a las anteriores también se abordaban cuestiones puramente administrativas, como las relativas a la estructura orgánica de la Abogacía del Estado, el desarrollo de la inspección de los servicios de la misma o disposiciones relativas a su personal, disposiciones que no pueden ser consideradas ejecución de la citada Ley 52/1997, de 27 de noviembre, ni tampoco normas procesales. Por ello resulta más correcto que sean reguladas en una distinta disposición general, tal como ya apuntó el Consejo de Estado en su Dictamen 14/2003, de 24 de julio, emitido precisamente en relación con el Proyecto de Real Decreto de aprobación del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Pues bien, el Real Decreto 1012/2022, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Abogacía General del Estado, se regula la inspección de los servicios en su ámbito y se dictan normas sobre su personal, ha venido a regular estos aspectos, siendo el objeto del presente abordar la actualización de la normativa que regula la actuación de la Abogacía del Estado en los tradicionales ámbitos consultivo y contencioso, en desarrollo de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

[...]

Capítulo I

Régimen de la función consultiva desarrollada por la Abogacía General del Estado

Art. 1. *Carácter de la Abogacía General del Estado como centro consultivo.* La Abogacía General del Estado es el centro superior consultivo de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y demás entidades pertenecientes al sector público institucional estatal, conforme a sus disposiciones reguladoras en el caso de estas últimas. Ello de conformidad con la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a las personas titulares de las subsecretarías y de las secretarías generales técnicas, así como de las especiales funciones atribuidas al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 107 de la Constitución y en su ley orgánica de desarrollo.

[...]

Capítulo II

Régimen de la función contenciosa desarrollada por la Abogacía General del Estado

Sección 1.^a Normas generales

Art. 12. *Ámbito de la representación y defensa.* 1. Corresponde a los Abogados y Abogadas del Estado integrados en la Abogacía General del Estado, con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en las leyes procesales aplicables en cada caso y en este real decreto, la representación y defensa del Reino de España, de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, de los órganos constitucionales y de las entidades pertenecientes al sector público institucional estatal cuando así proceda en virtud de norma legal o reglamentaria o convenio celebrado al efecto. Esta representación y defensa se prestará a través de los procedimientos previstos legalmente y, entre otros, en los siguientes procedimientos:

- a) Actuaciones pre-contenciosas, procedimientos judiciales, arbitrales, extrajudiciales y alternativos de resolución de disputas, conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia suscitados ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales.
- b) Procedimientos seguidos ante el Tribunal Constitucional.
- c) Procedimientos seguidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ante los distintos órganos del Consejo de Europa, en particular ante el departamento de ejecución de sentencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en relación con la ejecución de las sentencias del mencionado Tribunal.
- d) Procedimientos seguidos ante cualesquiera órganos internacionales con competencias en materia de salvaguarda de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales suscritos por el Reino de España.
- e) Procedimientos seguidos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea.
- f) Procedimientos seguidos ante la Corte Penal Internacional y ante cualesquiera tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales, o constituidos en virtud de tratados internacionales en los que el Reino de España sea parte, en cualesquiera procedimientos jurisdiccionales, arbitrales o extrajudiciales.

2. Igualmente corresponde a los Abogados y Abogadas del Estado integrados en la Abogacía General del Estado la representación y defensa en juicio de las comunidades autónomas, de las corporaciones locales y de las entidades que integran el sector público institucional autonómico y local, ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales, en actuaciones pre-contenciosas, procedimientos judiciales, arbitrales, extrajudiciales y alternativos de resolución de disputas, conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia, cuando se haya celebrado convenio de asistencia jurídica con ese objeto.

3. Cuando, en los procedimientos seguidos ante cualquier juez o tribunal extranjero se estime conveniente encomendar la representación y defensa de las entidades referidas en el ap. 1 de este artículo a una persona especialmente designada al efecto, se procederá a su contratación por el departamento ministerial, órgano constitucional, organismo o entidad interesados en el proceso y previo informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de acuerdo con las normas generales que rigen la contratación administrativa.

Para esta contratación, el Departamento ministerial, órgano constitucional, organismo o entidad interesados en el proceso podrán requerir el apoyo que sea preciso de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, la cual recabará para ello la colaboración de los órganos de este Departamento.

El otorgamiento y revocación de los poderes procesales corresponderá al embajador de España en el país del foro, previo informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos

Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Esta Abogacía del Estado, llevará un registro de abogados y procuradores habilitados para poder actuar en el extranjero en el que se anotarán los datos de identificación y los más relevantes de su actuación procesal y que estará a disposición de las autoridades del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y de la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e internacionales, así como de los demás centros y organismos administrativos que justifiquen un interés directo en la consulta del registro.

La persona contratada deberá actuar con sujeción a las disposiciones del presente real decreto en lo que fueren de aplicación y bajo las instrucciones emitidas de acuerdo con el contrato suscrito.

En caso de incumplimiento de las instrucciones remitidas o de lo establecido en este real decreto, la Abogacía General del Estado podrá proponer la revocación de los poderes otorgados, sin perjuicio del ejercicio de acciones que se estimen pertinentes en atención a las circunstancias del caso y las consecuencias del incumplimiento.

4. El Gobierno, por motivos excepcionales, y oído el Abogado o Abogada General del Estado, podrá acordar que una persona especialmente designada al efecto asuma la representación y defensa del Reino de España, como Abogado del Estado *ad hoc*, en un procedimiento determinado ante tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales en el que España sea parte. La persona designada por el Gobierno asumirá, en el desempeño de sus servicios, las funciones del Abogado del Estado y se ajustará a las disposiciones de este real decreto.

Art. 13. *Dependencia en el ejercicio de las funciones contenciosas.* 1. En el ejercicio de sus funciones de representación y defensa, los Abogados del Estado actuarán bajo la dependencia de la Dirección General de lo Contencioso y conforme a sus instrucciones.

2. En los procesos seguidos ante jueces o tribunales extranjeros y cuando afecten a la política exterior de España, se actuará de conformidad con las instrucciones del Abogado o Abogada General del Estado, quien recabará previamente el criterio y decisión del Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

3. El ejercicio de las funciones contenciosas que correspondan a la Subdirección General de Asuntos Constitucionales y Derechos Humanos y a la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales se desarrollarán bajo su dirección, bajo la dependencia directa del Abogado o Abogada General del Estado y de conformidad con sus instrucciones.

Art. 14. *Deber de colaboración en el ejercicio de la defensa en procedimientos prejudiciales, judiciales, arbitrales o extrajudiciales.* 1. Los órganos de la Administración General del Estado, los órganos constitucionales y las entidades pertenecientes al sector público institucional estatal a las que la Abogacía General del Estado presta asistencia jurídica contenciosa, así como sus autoridades, funcionarios y empleados, prestarán a los Abogados del Estado, en todo tipo de procedimientos, prejudiciales, judiciales, arbitrales o extrajudiciales, la colaboración y auxilio necesarios para la debida y adecuada defensa de los intereses que representan.

2. Con este fin, y salvo precepto legal en contrario:

- a) Facilitarán cuantos datos o documentos obren en las oficinas públicas.
- b) Informarán sobre aquellos extremos que se estimen necesarios para la adecuada defensa de los intereses representados en la forma que sea más eficaz al procedimiento seguido.
- c) Prestarán la asistencia que fuera necesaria para la preparación de los medios de prueba que se estimen adecuados, incluyendo la contratación de aquellos servicios técnicos o periciales que fueran precisos.

Todos estos medios de prueba, informes, datos o documentos deberán ser trasladados directamente por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción y con la celeridad que sea precisa para evitar que el retraso pueda impedir su presentación en el procedimiento.

3. Cuando en la información solicitada exista algún dato de carácter secreto o confidencial, se comunicará esta circunstancia al Abogado o Abogada del Estado a fin de poder valorar los medios procesales más adecuados para la defensa de los intereses representados, incluyendo la posibilidad de interesar del Tribunal, en su caso, el carácter secreto o reservado de todas o parte de las actuaciones o la adopción de las medidas necesarias para proteger o garantizar el carácter confidencial o secreto de dicha información.

[...]

Disposición adicional única. *Lenguaje no sexista*. De conformidad con el art. 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, todas las denominaciones que, en virtud del principio de economía del lenguaje, se hagan en género masculino inclusivo en este real decreto y referidas a titulares o miembros de órganos o a colectivos de personas, se entenderán realizadas tanto en género femenino como en masculino.

[...]

18. ENFOQUE COHERENTE ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN LO RELATIVO A LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES Y AL LUGAR DE COTIZACIÓN DEL TELETRABAJADOR (4 agosto de 2023)

El BOE de 4.8.2023 publica el *Acuerdo Marco relativo a la aplicación del ap. 1 de art. 16 del reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual*.

El objetivo del acuerdo marco es proporcionar una interpretación común de algunos de los artículos del Reglamento, buscando establecer un enfoque coherente entre los Estados miembros en lo relativo a la exportación de prestaciones y al lugar de cotización del teletrabajador.

Los teletrabajadores que trabajen más del 25 % pero menos del 50 % de su jornada laboral en el país de residencia, puede elegir tener cubierta la seguridad social en el país del empleador.

En acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 2023. A fecha de 30 de junio de 2023, el Acuerdo ha sido firmado por los siguientes países: Alemania, Suiza, Liechtenstein, República Checa, Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia, Polonia, Croacia, Malta, España y Francia.

[...]

Art. 1. *Definiciones*. A efectos del presente Acuerdo Marco, se entenderá por:

- (a) «Reglamento de base»: el Reglamento (CE) n.º 883/2004;
- (b) «Reglamento de aplicación»: el Reglamento (CE) n.º 987/2009;
- (c) «teletrabajo transfronterizo»: toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador y que:

1. se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario, y

2. se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir

las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia;

- (d) «IEISS»: Intercambio Electrónico de Información de la Seguridad Social;
- (e) «Residencia», aquella a que se refiere la letra j) del art. 1 del Reglamento de base;

Art. 2. *Ámbito de aplicación.* (1) Salvo disposición en contrario en este artículo, el presente Acuerdo Marco abarca a todas las personas a las que pueda aplicarse el ap. 1 del art. 16 del Reglamento de base, siempre que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado signatario.

(2) El presente Acuerdo Marco se refiere a las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual en aplicación la letra a) del ap. 1 del art. 13 del Reglamento de base en concordancia con los apartados 8 y 10 del art. 14 del Reglamento de aplicación y que estén empleadas por una o más empresas o empleadores (en lo sucesivo denominados únicamente el «empleador») que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6, el presente Acuerdo Marco no se aplicará a las personas que:

- (i) ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia, y/o
- (ii) ejerzan habitualmente una actividad en un Estado distinto de los mencionados en el ap. 1, y/o
- (iii) trabajen por cuenta propia.

Art. 3. *Legislación aplicable.* Previa solicitud, las persona que realicen teletrabajo transfronterizo habitual en el sentido del art. 1 del presente Acuerdo Marco y estén amparadas por el art. 2, estarán sujetas, conforme al ap. 1 del art. 16 del Reglamento de base, a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

Art. 4. *Procedimiento.* (1) Las solicitudes conforme al art. 3 del presente Acuerdo Marco se presentarán de conformidad con el art. 18 del Reglamento de aplicación.

(2) El presente Acuerdo Marco no se aplicará a las solicitudes contempladas en el ap. 1 que se refieran a un período anterior a su entrada en vigor.

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 2 y en el art. 6, el presente Acuerdo Marco no contemplará las solicitudes a que se refiere el ap. 1 si se refieren a un período anterior a la fecha de presentación, salvo que durante dicho período se hayan abonado cotizaciones a la seguridad social o el trabajador haya estado cubierto de otro modo por el régimen de seguridad social del Estado signatario en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, y:

- (i) el período solicitado anterior a la fecha de presentación de la solicitud no sea superior a tres meses, o
- (ii) la solicitud se presente a más tardar el 30 de junio de 2024, y el período anterior a la fecha de presentación de la solicitud no supere los doce meses.

(4) Podrá aplicarse un acuerdo en virtud del art. 3 del presente Acuerdo Marco por un máximo de 3 años cada vez, con posibilidad de prórroga previa nueva solicitud.

(5) El intercambio de información relativa a los casos individuales al amparo del presente Acuerdo Marco se efectuará entre los organismos competentes a través de la EESSI, utilizando LA_BUC_01 cuando pueda darse por preconcedido el consentimiento del Estado de residencia signatario.

(6) La institución competente del Estado signatario cuya legislación sea aplicable presentará un certificado (PD AI) conforme al art. 19 del Reglamento de aplicación.

Art. 5. *Estado depositario.* (1) Se designará a un Estado signatario como Estado depositario, que se encargará de:

- (i) recabar todas las copias firmadas del presente Acuerdo Marco;
- (ii) publicar debidamente el Acuerdo Marco; y
- (iii) comunicar a todos los Estados signatarios la información pertinente.

(2) Los Estados signatarios remitirán al Estado depositario el Acuerdo firmado por la autoridad competente o la institución designada por cada Estado signatario.

Art. 6. *Disposiciones finales.* (1) El presente Acuerdo Marco no afecta a la posibilidad de celebrar un acuerdo individual en virtud del ap. 1 del art. 16 del Reglamento de base, en situaciones no previstas por los arts. 2 a 4, en las que podría tenerse en cuenta de forma individual la situación especial del teletrabajo transfronterizo habitual. Los Estados signatarios acuerdan que la falta de una fecha concreta de interrupción de la modalidad de teletrabajo transfronterizo estructural [no temporal] en tales casos no se utilizará como motivo para rehusar la celebración de un acuerdo individual, fuera del ámbito de aplicación del presente Acuerdo Marco, en virtud del ap. 1 del art. 16 del Reglamento de base, como excepción al art. 13 de dicho Reglamento.

(2) El presente Acuerdo Marco entrará en vigor el 1 de julio de 2023, con la condición de que lo hayan firmado al menos dos Estados. Se celebra por un período de 5 años y se prorrogará automáticamente por nuevos periodos de 5 años.

(3) En caso de que un Estado signatario firme el presente Acuerdo en un momento posterior, este surtirá efecto para dicho Estado el día 1 del mes siguiente a la firma.

(4) Cualquiera de los Estados signatarios podrá poner fin a su adhesión al Acuerdo mediante notificación por escrito al Estado depositario con 3 meses de antelación.

(5) El presente Acuerdo Marco podrá darse por terminado mediante pacto de todos los Estados signatarios.

(6) La expiración del presente Acuerdo Marco no afectará a la validez de los acuerdos celebrados en virtud del art. 3, mientras no cambien las circunstancias existentes.

Convenios internacionales

19. Entrada en vigor del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009 (1 enero 2024)

El BOE 23.10.2023 publica el *Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009*, que entrará en vigor el 1 de enero de 2024.

El convenio fue firmado el 23 de noviembre de 2021 en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo el Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos (nº 205), también conocido como Convenio de Tromsø. Este Convenio es el primer instrumento jurídico internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas.

La transparencia de los órganos del Estado es uno de los elementos clave del buen gobierno y uno de los aspectos que mejor revelan la existencia o no de una sociedad verdaderamente democrática y pluralista. El derecho de acceso a los documentos oficiales es también esencial para el desarrollo de las personas y para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, y también refuerza la legitimidad de los poderes públicos.

Este Convenio establece

- un derecho de acceso a los documentos oficiales y dispone que las limitaciones a este derecho sólo se permiten en la medida en que estén destinadas a proteger determinados intereses, como la seguridad nacional, la defensa o la intimidad.
- las normas mínimas que deben aplicarse en el tratamiento de las solicitudes de acceso a los documentos oficiales (formas de acceso y tasas de acceso a los documentos oficiales), el derecho de recurso y las medidas complementarias, y ofrece la flexibilidad necesaria para que las legislaciones nacionales puedan basarse en esta base común y prever un acceso posiblemente más amplio a los documentos oficiales.

Un Grupo de Especialistas en Acceso a los Documentos Oficiales supervisará la aplicación de este Convenio por las Partes.

El Convenio de Tromsø fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la firma de sus 47 Estados Miembros el 18 de junio de 2009. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2020, tras su ratificación por parte de 10 Estados Miembros. Actualmente, de los 20 signatarios con España, 15 lo han ratificado.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Preámbulo

Los Estados Miembros del Consejo de Europa y los demás signatarios del presente convenio,

Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros con el fin de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común;

Recordando, en particular, el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los arts. 6, 8 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención de Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Aarhus 25 de junio de 1998), y el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981 (STE 108);

Recordando asimismo la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la libertad de expresión y de información adoptada el 29 de abril de 1982 y las Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados Miembros n.º R (81) 19 sobre el acceso a la información que se encuentra en poder de las autoridades públicas; n.º R (91) 10 sobre la comunicación a terceros de datos de carácter personal que se encuentren en poder de organismos públicos; n.º R (97) 18 relativa a la protección de los datos de carácter personal almacenados y tratados con fines estadísticos; n.º R (2000) 13 sobre una política europea en materia de comunicación de archivos y Rec (2002) 2 sobre el acceso a los documentos públicos;

Considerando la importancia, en una sociedad democrática pluralista, de la transparencia de las autoridades públicas;

Estimando que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos:

- i proporciona una fuente de información al público;
- ii ayuda al público a forjarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas;
- iii favorece la integridad, el buen funcionamiento, la eficacia y la responsabilidad de las autoridades públicas, contribuyendo así a afianzar su legitimidad;

Estimando, por tanto, que todos los documentos públicos son en principio públicos y comunicables, con la reserva, únicamente, de la protección de otros derechos e intereses legítimos,

Han convenido en lo siguiente:

TÍTULO I

Art. 1. *Disposiciones generales.* 1. Los siguientes principios deberían entenderse sin perjuicio de las leyes y reglamentos nacionales y de los tratados internacionales que reconocen un derecho de acceso más amplio a los documentos públicos.

2. A los fines del presente convenio:

a.

i. por «autoridades públicas» se entenderá:

1. el gobierno y la administración a niveles nacional, regional y local;
2. los órganos legislativos y las autoridades judiciales en la medida en que desempeñen funciones administrativas según el derecho nacional;
3. las personas físicas o jurídicas, en la medida en que ejerzan una autoridad administrativa.

ii Cada Parte podrá declarar, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que la definición de los términos «autoridades públicas» incluye asimismo uno o varios de los siguientes elementos:

1. los órganos legislativos en lo relativo a sus demás actividades;
2. las autoridades judiciales en lo relativo a sus demás actividades;

3. las personas físicas o jurídicas, en la medida en que desempeñen funciones públicas o funcionen gracias a fondos públicos, según el derecho nacional.

b. Por «documentos públicos» se entenderán todas las informaciones registradas de cualquier forma o redactadas o recibidas y en poder de las autoridades públicas.

Art. 2. *Derecho de acceso a los documentos públicos.* 1. Cada Parte garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el derecho a acceder, a solicitud propia, a documentos públicos en poder de autoridades públicas.

2. Cada Parte tomará en su legislación interna las medidas necesarias para cumplir las disposiciones de acceso a los documentos públicos que figuran en el presente convenio.

3. Estas medidas se tomarán antes del momento de la entrada en vigor del presente convenio con respecto a cada Parte.

Art. 3. *Limitaciones posibles del acceso a los documentos públicos.* 1. Cada Parte podrá limitar el derecho de acceso a los documentos públicos. Las limitaciones se establecerán específicamente en la ley, habrán de ser necesarias en una sociedad democrática, y proporcionales al objetivo de proteger:

- a. la seguridad nacional, la defensa y las relaciones exteriores;
- b. la seguridad pública;
- c. la prevención, la investigación y la persecución de actividades delictivas;
- d. las investigaciones disciplinarias;
- e. las misiones de tutela, la inspección y el control por la administración;
- f. la vida privada y los demás intereses privados legítimos;
- g. los intereses comerciales y otros intereses económicos;
- h. la política económica, monetaria y cambiaria del Estado;
- i. la igualdad de las partes en una instancia jurisdiccional y el buen funcionamiento de la justicia;
- j. el medio ambiente; o
- k. las deliberaciones entre autoridades públicas o en su seno relativas al examen de un asunto.

Los Estados afectados podrán declarar, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que las comunicaciones con la familia reinante y su Casa o con el Jefe del Estado estarán incluidas también entre las limitaciones posibles.

2. Podrá denegarse el acceso a las informaciones contenidas en un documento público si su divulgación perjudicase o pudiese perjudicar algún interés mencionado en el ap. 1, a menos que un interés público superior justifique su divulgación.

3. Las Partes examinarán la posibilidad de fijar plazos después de los cuales ya no se aplicarán las limitaciones a que se refiere el ap. 1.

Art. 4. *Solicitudes de acceso a los documentos públicos.* 1. El solicitante de un documento público no estará obligado a dar las razones por las que desea tener acceso al documento.

2. Las Partes podrán otorgar el derecho al anonimato a quienes lo soliciten, salvo si la divulgación de la identidad fuese esencial para tramitar la solicitud.

3. Los requisitos formales relativos a las solicitudes se limitarán a lo indispensable para poder tramitar la solicitud.

Art. 5. *Tramitación de las solicitudes de acceso a los documentos públicos.* 1. La autoridad pública ayudará al solicitante, dentro de límites razonables, a identificar el documento público solicitado.

2. Toda autoridad pública que esté en posesión de un documento público dará curso a la solicitud de acceso al mismo. Si la autoridad pública no está en posesión del documento público solicitado o si no está autorizada a tramitar dicha solicitud, orientará la solicitud o al solicitante, en la medida de lo posible, hacia la autoridad pública competente.

3. Las solicitudes de acceso a los documentos públicos serán tramitadas sobre una base de igualdad.

4. Toda solicitud de acceso a un documento público se tramitará rápidamente. La decisión se adoptará, comunicará y ejecutará lo más rápidamente posible o en un plazo razonable que se especificará previamente.

5. Se podrá denegar una solicitud de acceso a un documento público:

- i. si, a pesar de la ayuda prestada por la autoridad pública, la solicitud sigue siendo demasiado imprecisa como para permitir determinar cuál es el documento público buscado; o
- ii. si la solicitud es manifiestamente poco razonable.

6. La autoridad pública que deniegue el acceso total o parcial a un documento público expresará las razones en que se basa la denegación. El solicitante tendrá derecho a recibir, previa solicitud, la justificación escrita de la denegación por dicha autoridad pública.

Art. 6. *Formas de acceso a los documentos públicos.* 1. Cuando se conceda el acceso a un documento público, el solicitante tendrá derecho a optar por consultar el original o una copia, o a recibir una copia del mismo en la forma o formato disponibles que elija, salvo si esa preferencia no fuese razonable.

2. Si se aplicase una limitación a una parte de la información contenida en un documento público, la autoridad pública debería comunicar, no obstante, el resto de la información contenida en dicho documento. Toda omisión debería especificarse claramente. No obstante, se podrá denegar el acceso si la versión parcial del documento solicitado es engañosa o no tiene sentido, o si el hecho de poner a disposición el resto del documento supone una carga manifiestamente poco razonable para la autoridad.

3. La autoridad pública podrá permitir el acceso a un documento público orientando al solicitante hacia fuentes alternativas fácilmente accesibles.

Art. 7. *Gastos de acceso a los documentos públicos.* 1. El examen de un documento público en los locales de una autoridad pública será gratuito. Esto no impedirá a las Partes fijar el precio de los servicios realizados al respecto por los archivos y museos.

2. La expedición de una copia del documento público podrá facturarse al solicitante, a un precio razonable, que no podrá exceder del coste real de los gastos de reproducción y distribución. Se publicarán las tarifas correspondientes.

Art. 8. *Derecho de recurso.* 1. Los solicitantes cuya solicitud de acceso a un documento público se haya denegado, expresa o tácitamente, total o parcialmente, tendrán derecho a interponer recurso ante un tribunal o ante otra instancia independiente e imparcial prevista por la ley.

2. Los solicitantes tendrán siempre acceso a un procedimiento rápido y de bajo coste de revisión por una autoridad pública o de recurso con arreglo al ap. 1.

Art. 9. *Medidas complementarias.* Las Partes informarán al público de su derecho a acceder a documentos públicos y sobre las modalidades para ejercerlo. Asimismo, tomarán las medidas adecuadas para:

- a. instruir a las autoridades públicas acerca de sus deberes y obligaciones para la aplicación de este derecho;
- b. proporcionar información sobre las materias o actividades de su competencia;
- c. gestionar sus documentos eficazmente, de manera que sean fácilmente accesibles; y
- d. seguir procedimientos claros y definidos para conservar y destruir sus documentos.

Art. 10. *Documentos hechos públicos por iniciativa de las autoridades públicas.* Por su propia iniciativa, y cuando resulte apropiado, las autoridades públicas tomarán las medidas necesarias para poner a disposición los documentos públicos que estén en su poder con el fin de promover la transparencia y la eficacia de la administración y para fomentar la participación informada del público en cuestiones de interés general.

TÍTULO II

Art. 11. *Grupo de Especialistas sobre acceso a los documentos públicos.* 1. Un Grupo de Especialistas sobre acceso a los documentos públicos se reunirá como mínimo una vez al año con el fin de supervisar la aplicación del presente convenio por las Partes, y en particular:

- a. presentar sus informes sobre la adecuación de las medidas legales y prácticas tomadas por las Partes para cumplir las disposiciones que figuran en el convenio;
- b.
 - i. expresar opiniones sobre todas las cuestiones relativas a la aplicación del convenio;
 - ii. hacer propuestas para facilitar o mejorar el uso y la puesta en práctica efectivos del presente convenio, incluida la detección de cualquier problema relativo a los mismos;
 - iii. intercambiar información y hacer informes sobre las novedades importantes en el ámbito jurídico, político o técnico;
 - iv. hacer propuestas a la Consulta de las Partes para modificar el presente convenio;
 - v. emitir un dictamen sobre cualquier propuesta de modificación del presente convenio hecha de conformidad con el art. 19.

2. El Grupo de Especialistas podrá solicitar informaciones u opiniones a la sociedad civil.

3. El Grupo de Especialistas estará compuesto por un mínimo de 10 miembros y un máximo de 15. Sus miembros serán elegidos por la Consulta de las Partes por un periodo de cuatro años renovable una sola vez, de entre una lista de expertos, de los que cada Parte propondrá dos. Serán elegidos entre personalidades reconocidas por su alta integridad y por su competencia en materia de acceso a los documentos públicos. No se podrá elegir más de un miembro de la lista de expertos presentada por cada Parte.

4. Los miembros del Grupo de Especialistas actuarán individualmente, serán independientes e imparciales en el ejercicio de sus funciones y no recibirán instrucciones de los gobiernos.

5. El Comité de Ministros fijará el procedimiento de elección de los miembros del Grupo de Especialistas, después de consultar a las Partes en el convenio y de obtener su aprobación unánime, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente convenio. El Grupo de Especialistas adoptará sus propias normas de procedimiento.

Art. 12. *Consulta de las Partes.* 1. La Consulta de las Partes estará compuesta por un representante de cada una de las Partes.

2. La Consulta de las Partes se reunirá para:

- a. examinar los informes, opiniones y propuestas del Grupo de Especialistas;
- b. hacer propuestas y recomendaciones a las Partes;
- c. proponer modificaciones al presente convenio con arreglo al art. 19;
- d. emitir un dictamen sobre cualquier propuesta de modificación al presente convenio hecha con arreglo al art. 19.

3. El Secretario General del Consejo de Europa convocará la Consulta de las Partes en el plazo de un año después de la entrada en vigor del presente convenio, para elegir a los miembros del Grupo de Especialistas. Se reunirá posteriormente como mínimo cada cuatro años y cada vez que la mayoría de las Partes, el Comité de Ministros o el Secretario General del Consejo de Europa lo soliciten. La Consulta de las Partes adoptará sus propias normas de procedimiento.

4. Tras cada reunión, la Consulta de las Partes someterá un informe de actividades al Comité de Ministros.

Art. 13. *Secretaría.* La Secretaría del Consejo de Europa prestará asistencia a la Consulta de las Partes y al Grupo de Especialistas en el ejercicio de sus funciones derivadas del presente título.

Art. 14. *Presentación de informes.* 1. En el periodo de un año después de la entrada en vigor del presente convenio para una Parte Contratante, ésta remitirá al Grupo de Especialistas un informe con información completa sobre las medidas legislativas y otras medidas que haya tomado en aplicación de las disposiciones del presente convenio.

2. Posteriormente, cada Parte remitirá al Grupo de Especialistas, antes de cada reunión de la Consulta de las Partes, una actualización de las informaciones a que se refiere el ap. 1.

3. Cada Parte remitirá asimismo al Grupo de Especialistas cualquier información que solicite para desempeñar sus tareas.

Art. 15. *Publicación.* Se harán públicos los informes presentados por las Partes al Grupo de Especialistas, los informes, propuestas y opiniones del Grupo de Especialistas y los informes de actividades de la Consulta de las Partes.

TÍTULO III

Art. 16. *Firma y entrada en vigor del convenio.* 1. El presente convenio quedará abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

2. El presente convenio está sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que diez Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento en quedar obligados por el convenio con arreglo a las disposiciones del ap. 2.

4. Con respecto a los Estados que expresen posteriormente su consentimiento en quedar obligados por el convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de expresión de su consentimiento en quedar obligados por el presente convenio, con arreglo a las disposiciones del ap. 2.

Art. 17. *Adhesión al convenio.* 1. Con posterioridad a la entrada en vigor del convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta con las Partes en el convenio y tras haber obtenido su consentimiento unánime, podrá invitar a adherirse al presente convenio a todo Estado no miembro del Consejo de Europa o a toda organización internacional. La decisión se tomará por la mayoría prevista en el art. 20.d del Estatuto del Consejo de Europa y con el voto unánime de los representantes de las Partes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

2. El convenio entrará en vigor respecto de todo Estado u organización internacional que se adhiera al mismo, con arreglo al ap. 1 anterior, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Art. 18. *Aplicación territorial.* 1. Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá designar el territorio o territorios a los cuales se aplicará el presente convenio.

2. Todo Estado, en cualquier fecha posterior y mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, podrá hacer extensiva la aplicación del presente convenio a cualquier otro territorio designado en dicha declaración y de cuyas relaciones internacionales sea responsable. El convenio entrará en vigor respecto de dicho territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración realizada en virtud de los dos apartados precedentes podrá retirarse respecto de cualquier territorio especificado en dicha declaración mediante notificación dirigida al Secretario General. Esta retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 19. *Enmiendas al convenio.* 1. Podrán proponer enmiendas al presente convenio las Partes, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Grupo de Especialistas o la Consulta de las Partes.

2. El Secretario General del Consejo de Europa deberá comunicar a las Partes toda propuesta de enmienda al presente convenio.

3. Toda enmienda será comunicada a la Consulta de las Partes, y ésta, después de consultar al Grupo de Especialistas, someterá al Comité de Ministros su dictamen sobre la enmienda propuesta.

4. El Comité de Ministros examinará la enmienda propuesta y todo dictamen sometido por la Consulta de las Partes y podrá adoptar la enmienda.

5. El texto de toda enmienda adoptada por el Comité de Ministros de conformidad con el ap. 4 se comunicará a las Partes para su aceptación.

6. Toda enmienda adoptada de conformidad con el ap. 4 entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de un mes desde la fecha en la que todas las Partes hayan informado de su aceptación al Secretario General.

Art. 20. *Declaraciones.* Cada Parte podrá formular una o varias de las declaraciones previstas en los arts. 1.2, 3.1 y 18 en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Notificará cualquier cambio de esta información al Secretario General del Consejo de Europa.

Art. 21. *Denuncia.* 1. Toda Parte podrá denunciar, en cualquier momento, el presente convenio mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. Dicha denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 22. *Notificación.* El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados Miembros del Consejo de Europa, y a todo Estado y organización internacional que se hayan adherido o que hayan sido invitados a adherirse al presente convenio:

- a. toda firma;
- b. el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- c. toda fecha de entrada en vigor del presente convenio de conformidad con los arts. 16 y 17;
- d. toda declaración hecha en virtud de los arts. 1.2, 3.1 y 18;
- e. cualquier otro acto, notificación o comunicación relativos al presente convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, firman el presente convenio.

Hecho en Tromsø, el 18 de junio de 2009 en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un único ejemplar que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa enviará copia certificada conforme a cada uno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, y a todo Estado y organización internacional invitados a adherirse al presente convenio.

Jurisprudencia

Dirección

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS* Y

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

Comentarios de:

Juan José ÁLVAREZ RUBIO, Vésela ANDREEVA ANDREEVA, David
CARRIZO AGUADO, Esperanza CASTELLANOS RUIZ, M^a José
CASTELLANOS RUIZ, Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, María del Pilar
DIAGO DIAGO, Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, Albert FONT I SEGURA,
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mónica
HERRRANZ BALLESTEROS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO, Raúl LAFUENTE
SÁNCHEZ, Nuria MARCHAL ESCALONA, Javier MASEDA RODRÍGUEZ,
Antonio MERCHÁN MURILLO, Gisela MORENO CORDERO, Ana MORENO
SÁNCHEZ-MORALEDA, Milagros OROZCO HERMOSO, Jorge PEDEMONTE
MARINO, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, M^a Ángeles RODRÍGUEZ
VÁZQUEZ, Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Mercedes SABIDO
RODRÍGUEZ, María Jesús SÁNCHEZ CANO, María Ángeles SÁNCHEZ
JIMÉNEZ, Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

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. CONTROL DE LAS GARANTÍAS PROCESALES, PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO (STEDH 1ª 20 octubre 2022, caso 20256/20: *Dolenc c. Eslovenia*)

Observaciones: 1. En esta sentencia el TEDH aplica la doctrina que estableció en su célebre sentencia de 20 julio 2001, *Pellegrini c. Italia*, 30882/96, confirmando que el derecho a un proceso justo del art. 6.1 CEDH exige que los tribunales de los Estados contratantes, al decidir sobre el reconocimiento de una resolución judicial extranjera –especialmente si es de gran importancia para las partes– verifiquen que el procedimiento en el que se ha adoptado (con independencia de que proceda de un Estado no vinculado por el Convenio) cumplió con las garantías del mencionado art. 6. Así aparece recogido en los aps. 55 a 60 de la nueva sentencia, en la que el TEDH también confirma incidentalmente su criterio de la conocida sentencia de 23 mayo 2016, *Avotiņš c. Letonia*, 17502/07, en virtud del cual, con base en la presunción de protección equivalente, el nivel de verificación puede ser más limitado entre Estados miembros de la UE, en particular, en el marco del Reglamento 1215/2012.

2. La exigencia de verificación aludida encuentra cabida en nuestro régimen de fuente interna en el art. 46.1 de la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que debe aplicarse también a la luz del art. 24 de la Constitución. Pero, además, la sentencia *Dolenc* presenta también relevancia desde otra perspectiva, cual es la de las exigencias que el art. 6.1 CEDH impone con respecto a la prueba del Derecho extranjero.

3. El asunto *Dolenc c. Eslovenia* tiene su origen remoto en la demanda para reclamar daños por una negligencia médica interpuesta en 1995 ante los tribunales de Israel por un ciudadano israelí en relación con una cirugía que le practicó en Eslovenia en 1992 un neurocirujano de renombre internacional (residente en Eslovenia y aparentemente sin conexiones con Israel, ap. 48 STEDH *Dolenc*), a quien le fue notificada la demanda con motivo de una visita que realizó a Israel (según parece sin vinculación con la cirugía de la que traía causa la reclamación). El procedimiento ante los tribunales israelíes, que se prolongó durante más de una década, culminó con la condena al neurocirujano al pago de una indemnización por daños de aproximadamente 2.3 millones de euros. Los tribunales israelíes rechazaron la solicitud del demandado de que él y los testigos que proponía –todos situados en Eslovenia– declararan siguiendo el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, lo que según el demandado le privó de su derecho de defensa, y tuvo como consecuencia que la decisión se adoptará sin que fueran oídos el demandado –quien se negó a desplazarse para participar en el proceso en Israel– y los testigos y expertos por él propuestos. Además, durante el proceso el demandado revocó el poder para representarle otorgado a su abogado israelí sin designar un nuevo representante, lo que en la práctica supuso que, debido al modo de proceder de los tribunales israelíes, el demandado no fuera notificado del ulterior desarrollo del proceso, desatendiendo los tribunales israelíes la práctica de las pruebas que podían beneficiar al demandado, incluida la relativa a la acreditación del contenido del Derecho esloveno.

4. Cabe dejar constancia de que el neurocirujano se opuso, sin éxito, a la competencia de los tribunales de Israel (ap. 4 STEDH *Dolenc*). La legislación aplicada al fondo del asunto por los tribunales de Israel fue la israelí, como consecuencia, precisamente, de que no pudo ser probado

en el proceso el contenido de la legislación eslovena, que según el cirujano –demandado en Israel y demandante frente a Eslovenia ante el TEDH– hubiera conducido a que la demanda frente a él no hubiera prosperado por tenerse que dirigir frente al hospital y estar prescrita (véase ap. 20 de la sentencia relevante israelí reproducido al inicio del ap. 20 de la STEDH *Dolenc*).

5. Pese a la oposición del cirujano, los tribunales eslovenos accedieron al reconocimiento de la resolución israelí, considerando que las garantías procesales del demandado no habían sido vulneradas, apreciando en último extremo el Tribunal Constitucional esloveno que el nivel de verificación exigido a la luz de la sentencia Pellegrini contra Italia había sido satisfecho.

6. El TEDH concluye que el reconocimiento en Eslovenia de la resolución de los tribunales de Israel supone una violación del art. 6 del CEDH, destacando que resultó injustificado el abandono en el procedimiento israelí del mecanismo del Convenio de La Haya para la obtención de las pruebas relevantes en relación con los testigos y expertos propuestos por el demandado (no así respecto del propio demandado al no justificar éste debidamente su imposibilidad de participar en la vista en Israel). Además, el modo de proceder de los tribunales israelíes una vez que el demandado revocó la representación de su abogado vulneró también las garantías de éste y llevó a que la decisión se adoptara con base únicamente en las alegaciones formuladas y las pruebas propuestas por la parte demandante, desatendiendo la práctica de pruebas propuestas por el demandado.

7. Merece ser destacada la importancia atribuida por el TEDH al modo de proceder por el tribunal de origen con respecto a la prueba del Derecho extranjero para establecer que el reconocimiento de su resolución implica una vulneración del art. 6.1 y del derecho del demandado a presentar las pruebas pertinentes. En concreto, el TEDH concluye su fundamentación previa al fallo, señalando que el tribunal israelí no examinó al experto en derecho esloveno a pesar de que su examen hubiera sido importante para valorar el argumento del demandante de que el derecho esloveno debería haberse aplicado al caso, lo que hubiera conducido a que la demanda hubiera prescrito y, con carácter subsidiario, que el hospital debería ser considerado responsable de cualquier negligencia médica. Al no examinarlo, el tribunal de israelí aplicó sin más la legislación israelí, que era desfavorable para el demandante (ap. 74 de la sentencia). Los órganos jurisdiccionales eslovenos no tuvieron debidamente en cuenta las consecuencias que la falta de interrogatorio de los testigos (incluido el experto en Derecho esloveno) y la consiguiente exclusión de sus declaraciones tuvieron para el derecho del demandante a presentar pruebas. La sentencia pone de relieve que ese derecho es un componente fundamental del derecho a un proceso justo y los tribunales eslovenos deberían haberse cerciorado de que se había respetado en el procedimiento en Israel antes de reconocer la sentencia israelí (ap. 75 de la sentencia).

8. Se trata de consideraciones que en nuestro sistema de DIPr han de resultar relevantes no solo en situaciones relativas al reconocimiento de una resolución extranjera sino también directamente con respecto al modo de proceder en relación con la prueba del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles en el marco de los arts. 281.2º LEC y 33 Ley 29/2015.

9. Pese a ser una cuestión que no se suscita en la sentencia (en la que, no obstante, sí se reproducen las normas de DIPr esloveno que prevén el control de la competencia del tribunal de origen como presupuesto del reconocimiento, ap. 37 STEDH *Dolenc*), desde una perspectiva más amplia cabría plantear en relación con un asunto como este si la vinculación con Israel resultaba suficiente para que los tribunales de otros Estados (en particular, los de Eslovenia, país donde la operación, y cabe entender que todos los hechos relevantes habían tenido lugar, y donde residía el demandado que carecía de conexiones con Israel) reconocieran la resolución. Dejando de lado las particularidades del asunto *Dolenc* (conviene advertir que la sentencia no menciona cuál fue el criterio de competencia en el que los tribunales israelíes basaron su competencia ni analiza cuáles son las conexiones con Israel del litigio), tal vez en el futuro se den las circunstancias para que el CEDH pueda establecer que el reconocimiento de una resolución extranjera que tenga su origen en un fuero que en el supuesto concreto resulte exorbitante puede constituir una

vulneración del art. 6.1 CEDH, en particular en la medida en que fuerce al demandado a tener que defenderse en un país con el que ni los hechos objeto de la reclamación ni el propio demandado presenten una conexión significativa y ello suponga una carga procesal excesiva e irrazonable.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

2. LOS TRIBUNALES ITALIANOS INCUMPLIERON LA OBLIGACIÓN POSITIVA DE ADOPTAR UNA DECISIÓN RÁPIDA PARA ESTABLECER LA RELACIÓN LEGAL DE LA DEMANDANTE CON EL PADRE BIOLÓGICO, PERO LA MADRE TIENE LA POSIBILIDAD DE RECONOCER LEGALMENTE A SU HIJO MEDIANTE ADOPCIÓN (STEDH 1ª 31 agosto 2023: *C. v. Italy*)

TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

3. DERECHO DE RESIDENCIA DERIVADO DEL PROGENITOR QUE TIENE LA CUSTODIA EFECTIVA DE UN MENOR DE EDAD NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO QUE RESIDE EN OTRO ESTADO MIEMBRO: OBLIGACIÓN DE DISPONER DE UN SEGURO DE ENFERMEDAD (STJ 5ª 10 marzo 2022 (as. C-247/20: *VI*))

4. COMPETENCIA INTERNACIONAL Y TERRITORIAL EN EL RBLBIS: LA DESIGNACIÓN DIRECTA DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DETERMINADO Y SUS LÍMITES (STJ 8ª 30 junio 2022, C-652/20: *Allianz Elementar Versicherung*, EU:C:2022:514).

Observaciones: 1. En esta sentencia el Tribunal de Justicia vuelve a pronunciarse sobre ciertas reglas de competencia del RBLbis que cumplen la función no solo de determinar la competencia internacional de los Estados miembros sino también la competencia territorial interna. Básicamente, la sentencia precisa que el art. 11.1.b) RBLbis, que establece la posibilidad de que el asegurador domiciliado en un Estado miembro sea demandado en otro, “cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante”, es una norma que, en los términos del fallo, “determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuya demarcación se encuentre el domicilio del demandante”.

2. La sentencia pone de relieve que, el empleo de los términos “el lugar” en el art. 11.1.b) RBLbis debe ser interpretado en sentido coincidente, en lo relativo a la doble función reseñada, con su jurisprudencia previa acerca de los arts. 7.1º y 7.2º RBLbis (con respecto a este último, cabe recordar recientemente su sentencia de 15 julio 2021 en el asunto C-30/20, *Volvo y otros*, EU:C:2021:604). La nueva sentencia constata que cuando desempeñan esta doble función las normas de competencia típicamente tienen “por objeto designar directamente un órgano jurisdiccional concreto en el seno de un Estado miembro” (*v.gr.*, aps. 38 y 39 de la sentencia con ulteriores referencias); así como que la posibilidad de *forum shopping* por parte del demandante entre los tribunales del Estado miembro en cuestión no estaría en consonancia con los objetivos perseguidos por el RBLbis (ap. 52).

3. Ahora bien, en ciertas situaciones distintas a las del litigio principal, en particular, algunas a las que resulta de aplicación el art. 7.2º RBLbis, puede que esas afirmaciones deban ser matizadas o, en todo caso, requerirán un análisis adicional.

4. Es cierto que en su mencionada sentencia en el asunto C-30/20, *Volvo y otros*, el Tribunal de Justicia destacó especialmente la importancia, también en relación con el art. 7.2º RBLbis del criterio de que en el plano territorial la norma designe directamente un órgano jurisdiccional

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

concreto del Estado miembro en cuestión. A tal fin, con respecto a las acciones de responsabilidad extracontractual por los daños causados por cárteles en un Estado miembro cuyo mercado ha resultado afectado, y la concreción del lugar del daño como criterio atributivo de competencia, el Tribunal de Justicia estableció que lo determinante es, en primer lugar, el lugar de adquisición del producto por el que se pagó el sobreprecio como consecuencia del cártel. Seguidamente, precisó que ese criterio solo puede ser de aplicación cuando el perjudicado en cuestión ha comprado los bienes afectados por los acuerdos colusorios en la demarcación de un único tribunal. En caso contrario, no cabe identificar un único lugar de manifestación del daño (ap. 40 de la sentencia *Volvo*), lo que llevó al Tribunal a considerar que en tales situaciones resulta determinante el lugar del domicilio social de la empresa perjudicada (ap. 42 de la sentencia *Volvo*).

5. Ahora bien, no cabe desconocer que existen situaciones en las que el art. 7.2º RBIbis atribuye competencia a los tribunales de un Estado miembro y la determinación de un órgano jurisdiccional concreto en su seno como territorialmente competente presentará ulteriores dificultades. Tal será típicamente el caso en aquellas situaciones en las que la acción de responsabilidad extracontractual se ejercite respecto de actividades ilícitas desarrolladas a través de Internet ante los tribunales de un Estado miembro en tanto que lugar de manifestación del daño, en el que no se encuentre el domicilio (ni el centro de intereses, en el caso de los derechos de la personalidad) de la víctima (ni, obviamente, del supuesto responsable, pues en este caso operaría el fuero general del domicilio del demandado). En estos casos, será preciso un análisis adicional.

6. Por lo demás, se trata de una constatación que no debe sorprender. En situaciones de ese tipo, también cuando resulten de aplicación las normas de nuestro régimen de fuente interna – típicamente en las situaciones en las que el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y opera la remisión del art. 6 RBIbis a la legislación interna –, cabe apreciar que la formulación de tales normas no facilita la determinación directa de un único órgano como competente en las demandas relativas a la difusión en España de contenidos lesivos a través de Internet (sin que se encuentre en España el domicilio del demandante ni, obviamente, el del demandado) (véanse, en particular, los subaps. 6º, 11º y 12º del art. 52.1º LEC).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

5. DE UNA OPERACIÓN DE TRANSPORTE COMPUESTA DE VARIOS VUELOS QUE CORRESPONDEN A DISTINTOS TRANSPORTISTAS AÉREOS ENCARGADOS DE EFECTUARLOS (STJ) 8ª 6 septiembre 2022, as. C-436/21 (*lightright –Transport aérien de Stuttgart à Kansas City–*)

5.bis. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RBIbis E INTERPRETACIÓN DE SU COMPETENCIA EXCLUSIVA EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (STJ) 4ª 8 septiembre 2023, as. 399/21: *IRnova*, EU:C:2022:648.

Observaciones: 1. El Tribunal de Justicia se pronuncia básicamente sobre tres aspectos relativos a la interpretación del RBIbis, destacando por su interés las precisiones acerca del limitado alcance material de la competencia exclusiva que establece en materia de inscripciones o validez de patentes, cuestión que abordaré en tercer lugar. En primer lugar, el Tribunal confirma que el requisito de la presencia de un elemento de extranjería como presupuesto para la aplicación de las reglas de competencia del RBIbis se cumple cuando se trata de un litigio entre dos partes domiciliadas en el Estado miembro cuyos tribunales conocen de un litigio que presenta conexión únicamente por su objeto con otro Estado, incluso si ese Estado es un tercer Estado, ajeno al RBIbis.

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

2. En el caso concreto se trata de un litigio ante los tribunales suecos entre dos empresas con sede en Suecia acerca de la declaración de la existencia de mejor derecho sobre invenciones (de modo que es un litigio en materia civil y mercantil a los efectos del Reglamento) objeto de solicitudes de patente estadounidense y china presentadas por la demandada y de patentes estadounidenses expedidas a la demandada sobre la base de esas solicitudes (en realidad, la demanda iba referida también a solicitudes de patentes europeas sobre esas invenciones, pero las dudas de los tribunales suecos acerca de su competencia se limitaban a lo relativo a las patentes o solicitudes de patentes de China y EEUU).

3. Ese pronunciamiento sobre el amplio alcance de las normas de competencia del RBlbis, que incluye las situaciones que presentan un elemento de extranjería que se encuentra en el territorio de un país tercero, no sorprende a la luz de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia, en particular su conocida sentencia de 1 de marzo de 2005, en el asunto *Owusu*, a la que se remite la sentencia ahora reseñada (aps. 27 y 29). En la práctica ese criterio supone que la competencia de los tribunales de los Estados miembros en esas situaciones debe determinarse conforme a lo dispuesto en el RBlbis y no en sus respectivos regímenes de fuente interna (en nuestro caso, la LOPJ). En segundo lugar, el Tribunal de Justicia constata un elemento sobre el que no se había pronunciado previamente.

4. Se trata de la circunstancia de que las normas sobre competencias exclusivas del art. 24 RBlbis no resultan de aplicación respecto de terceros Estados, de modo que cuando las conexiones que establecen para la atribución de competencia exclusiva a los tribunales de un Estado miembro se dan con un tercer Estado, la norma no opera (aps. 32 a 35 de la nueva sentencia). Cabe recordar que el ap. 4 del art. 24 atribuye competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro en el que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro de un derecho de propiedad industrial respecto de los litigios en materia de inscripción o validez de tales derechos. El Tribunal no aborda las implicaciones de esa constatación acerca de las limitaciones del art. 24, habida cuenta de las circunstancias del litigio principal, como se indicará más adelante.

5. Ahora bien, no cabe ignorar que la principal implicación sería que los tribunales de los Estados miembros que puedan ser competentes para conocer del litigio en virtud del Reglamento, por ejemplo, por encontrarse en ese Estado miembro el domicilio del demandado (art. 4 RBlbis), no quedarían privados de su competencia, pese a que exista con un tercer Estado una conexión equivalente a la que de existir con otro Estado miembro atribuiría competencia exclusiva a éste, privando a los tribunales de todos los demás Estados miembros de la posibilidad de conocer del asunto. Se trata de una consecuencia que puede resultar problemática y que se proyecta sobre el conjunto de materias para las que el art. 24 RBlbis prevé competencias exclusivas, de ahí que en la última revisión del Reglamento algunas voces abogarán por una configuración más amplia del alcance territorial de las reglas sobre competencias exclusivas del art. 24. Ciertamente, la interpretación del Tribunal de Justicia facilita que los tribunales de un Estado miembro conozcan con base en el RBlbis de un litigio pese a que tenga una conexión especialmente estrecha –alguna de las previstas en el art. 24 en las materias que comprende– con un Estado tercero. Eventualmente esa circunstancia menoscabará las perspectivas de que la resolución sea objeto de reconocimiento y ejecución en ese Estado en el que su eficacia resultará típicamente especialmente relevante (*v.gr.*, el Estado tercero de inscripción de la patente) y en los demás terceros Estados.

6. Si bien no aborda las implicaciones de esa constatación acerca del limitado alcance del art. 24.4º RBlbis, el Tribunal de Justicia sí analiza, como tercer elemento reseñable de la sentencia, que en el caso concreto no se plantearían esas dificultades, habida cuenta de que el litigio principal va referido a una materia que no entra dentro de la competencia exclusiva del art. 24.4º RBlbis, al no tratarse de un litigio “en materia de inscripciones o validez” de patentes. Se trata de un pronunciamiento muy significativo acerca del alcance material del art. 24.4º RBlbis, coherente

con su jurisprudencia previa, en particular en los asuntos *Duijnsteet y Hanssen Beleggingen*, a los que hace referencia la nueva sentencia.

7. El Tribunal pone de relieve que la cuestión controvertida en el litigio principal va referida a la titularidad del derecho sobre las invenciones, es decir a la condición de inventor o a la determinación de a quién pertenecen las invenciones, que es una cuestión previa y diferenciable de la existencia de la presentación de una solicitud de patente, de la validez de tal presentación y de la expedición de la patente, de modo que no queda comprendida en la competencia exclusiva, incluso si en el marco de ese litigio resulta preciso examinar (tomar en consideración) las reivindicaciones de la patente o de la solicitud de patente del tercer Estado. La sentencia expresamente diferencia el supuesto del litigio principal –que equipara a estos efectos a los relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial– de otro tipo de litigios, que en principio sí quedarían comprendidos en la competencia exclusiva, como los relativos a la existencia de la presentación de una solicitud de patente o la expedición de una patente, la validez o la caducidad de una patente, su nulidad (por ejemplo, basada en la falta de derecho sobre la invención o en su no patentabilidad) o la reivindicación de un derecho de prioridad en virtud de una presentación anterior (aps. 42–48).

8. Esta confirmación de la interpretación restrictiva del alcance material de la competencia exclusiva del art. 24.4º RBIbis es coherente con las propuestas tendentes a facilitar la litigación transfronteriza en este ámbito, para contribuir a la eficiencia y la buena administración de justicia. Se trata de un planteamiento que facilita la litigación sobre la titularidad de la invención en los tribunales de un único país, lo que, por cierto, puede ir unido a la necesidad de aplicar una pluralidad de legislaciones, como sucede en materia de infracción de derechos –circunstancia apuntada en el ap. 48 de la sentencia–, si bien en el caso de la titularidad de la invención no sería de aplicación el art. 8 del Reglamento (CE) 864/2007 o Reglamento Roma II (sino, en principio, la norma sobre ley aplicable de fuente interna, en nuestro caso el art. 10.4º Cc). Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer que en la medida en que las resoluciones que puedan adoptarse requieran eventualmente su reconocimiento en terceros Estados (por ejemplo, en el marco de un litigio sobre la validez de la patente del tercer Estado con base en la falta de derecho sobre la invención) su eficacia puede plantear dificultades si en tales Estados prevalece una concepción más amplia acerca del alcance de las competencias exclusivas de sus tribunales en este sector.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

6. COMPATIBILIDAD DE LOS PLAZOS PROCESALES DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO CONFERIDOS AL DEMANDADO PARA PRESENTAR SU ESCRITO DE OPOSICIÓN CON LOS ESTABLECIDOS POR UNA NORMATIVA NACIONAL, ADOPTADA AL PRODUCIRSE LA PANDEMIA DE COVID-19 (STJ 3ª 15 septiembre 2022: as. C-18/21: *Uniqa Versicherungen AG y VU*)

Observaciones. 1. En la última década el legislador europeo ha aprobado –al amparo del art. 81 TFUE – diversos Reglamentos y Directivas con el propósito de mejorar la eficacia de la litigación transfronteriza, necesaria a su vez para avanzar en la construcción de la Unión Europea como un Espacio de Justicia, Seguridad y Libertad. Se han creado procedimientos genuinamente europeos. De hecho, el proceso monitorio europeo fue el primer proceso uniforme que creó en el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (en adelante RPME) –DO nº 399, de 30 diciembre 2006–. A través de este proceso el acreedor puede obtener rápidamente un requerimiento europeo de pago que, ante la falta de oposición del deudor, sea ejecutable en cualquier Estado miembro del Reglamento. Resuelve de una manera rápida, sencilla y económica el cobro de créditos transfronterizos en principio incontestados por el deudor. Sin embargo, se trata de un proceso en el que el legislador europeo no ha llevado a

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

cabo una regulación completa y exhaustiva del mismo, lo que abre la puerta a las divergencias entre los Estados miembros, de importancia no desdeñable. El propio art. 26 RPME precisa que todos los aspectos no tratados expresamente por el Reglamento se regirán por el Derecho nacional. Se excluye una aplicación analógica del Reglamento, como así señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ) en los asuntos C-119/13 y C-120/13 (ECLI:EU:C:2014:2144). El Derecho del foro debe ser aplicado de forma supletoria y complementaria a todos aquellos aspectos no contemplados por el legislador en el desarrollo del PME pudiendo plantearse problemas de compatibilidad entre ambas normativas.

2. De hecho la STJ 15 septiembre 2022 (As. C-18/21: *Uniqa Versicherungen AG y VU*), se ocupa de valorar la compatibilidad de una norma procesal austriaca, adoptada con ocasión de la pandemia de COVID-19 –la *Justiz-Begleitgesetz*–, que interrumpió durante aproximadamente cinco semanas los plazos procesales en materia civil, con el RPME y, en particular, con el art. 16.2º del mismo que confiere un plazo de treinta días al demandado para presentar escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago Plazos procesales del proceso monitorio europeo establecidos por una normativa nacional, adoptada al producirse la pandemia de Covid-19 conferidos al demandado para presentar su escrito de oposición (L. Gómez Amigo, “Aplicación al proceso monitorio europeo de normativa nacional que interrumpió los plazos procesales en materia civil debido a la pandemia del Covid-19: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 septiembre 2022, asunto C-18/21: *Uniqa Versicherungen AG/VU*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 108, 2022)

3. En el presente caso, el *Bezirksgericht für Handelssachen Wien* (Tribunal de Distrito de lo Mercantil de Viena, Austria) emitió, a petición de Uniqa Versicherungen, un requerimiento europeo de pago que fue notificado, el 4 abril 2020, a VU, persona física residente en Alemania. Esta presentó el correspondiente escrito de oposición al requerimiento de pago mediante carta enviada el 18 mayo 2020, que fue desestimado por no haber sido presentada en el plazo establecido (ex art. 16. 2º RPME). El Tribunal de apelación (*Handelsgericht Wien*) anuló dicha resolución basándose en el art. 1.1º de la *Justiz-Begleitgesetz*. Uniqa interpuso un recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof* que resolvió suspender el procedimiento y plantear al TJ si una norma nacional, que interrumpe los plazos procesales, puede aplicarse para determinar el plazo para presentar un escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago, o si el art. 20 de ese Reglamento, que establece el derecho de revisión, excluye su aplicación. La doctrina austriaca sostiene que el art. 20 de dicho Reglamento prevé una posibilidad de revisión del requerimiento europeo de pago que puede dar lugar a la anulación de ese requerimiento, en particular cuando concurren casos de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias, como la crisis vinculada a la COVID-19. Según ese punto de vista, no puede recurrirse al Derecho nacional para tener en cuenta tal caso, ya que este se rige de manera exhaustiva por ese mismo Reglamento.

4. El TJUE zanja este dilema afirmando que no existe ninguna disposición del RPME en la que se contemple las causas de interrupción o de suspensión del plazo para oponerse al requerimiento al pago europeo. Y, por tanto, los Estados miembros están facultados para regular y completar los aspectos procesales no tratados por el Reglamento. Ahora bien, de la lectura de la decisión se deduce que dicha remisión no es absoluta. Tiene límites. Para el TJ, la *lex fori* puede ser aplicada, siempre que dichas normas procesales no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad), como así admitió el TJ en la decisión adoptada en el caso *Randstad Italia* (ECLI:EU:C:2021:1037, ap. 58 y jurisprudencia citada). A continuación, el TJ procede a analizar si la normativa austriaca respeta – o no– tales principios. Así, por lo que atañe, en primer lugar, al respeto del principio de equivalencia, considera que la Ley austriaca se aplica indistintamente a todos los plazos procesales en los asuntos civiles. Por lo tanto, concluye que, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este

extremo, tal normativa garantiza la igualdad de trato entre los procedimientos monitorios basados en el Derecho nacional y aquellos, similares, basados en el RPME. En lo que respecta, en segundo lugar, al principio de efectividad, para el TJ una normativa procesal nacional debe considerarse conforme con ese principio si no vulnera el equilibrio que el RPME ha establecido entre los respectivos derechos del demandante y del demandado en el marco de un proceso monitorio europeo. Según este, una normativa nacional que tiene por efecto interrumpir el plazo de oposición al requerimiento establecido en el art. 16.2º RPME respeta dicho principio por cuanto está justificada para garantizar el respeto del derecho de defensa del demandado sin hacer, en la práctica, excesivamente difícil el cobro rápido y eficaz de los créditos de que se trate. A tal fin, el período durante el cual tal plazo queda interrumpido debe limitarse a lo estrictamente necesario.

5. Nada que objetar a lo decidido por el Tribunal. Solo decir que resulta extraño que base su decisión en tales principios, en lugar de esgrimir el “efecto útil” de la norma, que es lo que el TJ suele hacer en este ámbito (M. Requejo Isidro, “El inestable edificio del espacio europeo de justicia”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2015, p. 377). El análisis y la decisión del TJ es consecuencia de la regulación parcial e incompleta de este proceso. Es cierto que la aproximación de las normas procesales deviene compleja, al ser el Derecho procesal una materia con fuerte arraigo nacional e integrante del núcleo de la soberanía. Por ello, cabe esperar que las European Rules of Civil Procedure, aprobadas por el European Law Institute y UNIDROIT (F. Gascón Inchausti, “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *CDT*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 277-297), desplieguen un destacado papel en el futuro. Tales reglas ofrecen un modelo de proceso civil (*best rules*), que pueden ser utilizadas por los legisladores nacionales, para el caso de que decida afrontar una armonización de los procesos civiles nacionales, o bien ser de aplicación por tribunales estatales.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

7. NORMATIVA NACIONAL POR LA QUE SE CONFIERE AL ORGANISMO NACIONAL RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS AÉREOS LA FACULTAD DE ORDENAR A UNA COMPAÑÍA AÉREA QUE PAGUE LA COMPENSACIÓN DEBIDA A UN PASAJERO [STJ 3ª 29 septiembre 2022, as. C-597/20: *Polskie Linie Lotnicze “LOT” S.A.*]

8. LA TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE DERECHO NACIONAL EN SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE) NO DEBE REDUCIR LA PARTICIPACIÓN DE LOS SINDICATOS EN LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE CONTROL [STJ GS 18 octubre 2022, as. c-677/20: *IG. Metall y Ver.di*]

9. COMPETENCIA JUDICIAL EN RELACIÓN CON UN ACUERDO DE GARANTÍA CELEBRADO ENTRE EL TRABAJADOR Y UNA TERCERA SOCIEDAD QUE GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE INCUMBEN AL EMPRESARIO FRENTE A DICHO TRABAJADOR [STJ 3ª 20 octubre 2022, as. C-604/20: *ROI Inversiones Terrestres*]

Observaciones: 1. El Tribunal de Luxemburgo ha marcado, con este pronunciamiento, la estela a seguir con una clara interpretación del foro en materia laboral junto con la revisión de las normas de competencia judicial internacional derivadas de las operaciones contractuales de consumo en el marco de un acuerdo de garantía suscrito *inter privados* directamente vinculado con un contrato de trabajo en el que se aprecia una “actividad dirigida profesional”, ítem este

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “(RE)JURPAT” PID2019-106496RB-I00.

último de sumo interés en las relaciones contractuales asociadas al Derecho de consumo transnacional.

Un planteamiento básico sobre el que se sustenta esta decisión judicial subyace de garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores con reglas “especiales” de competencia sin tener en consideración la localización del domicilio del demandado, esto es, podrán conocer jueces del espacio de la Unión a pesar de que el demandado esté domiciliado en un país que no forma parte de la UE.

2. En primer lugar, el juez europeo recuerda sobre su propia jurisprudencia que, la relación laboral está caracterizada por la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración. De este modo, precisa que debe existir un nexo de subordinación entre el trabajador y su empresario y que la existencia de tal vinculación debe apreciarse case to case. Así, el concepto de “trabajador” debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas.

Así las cosas, en torno al asunto objeto de esta reflexión se torna necesario tener en consideración el galimatías jurídico existente para poder extraer la conclusión jurídica alcanzada. A saber, FD celebró un contrato de trabajo con R Swiss relativo a su actividad como director, en el que se fijó el importe que debía recibir en concepto de pago por incorporación, así como su salario. A este respecto, FD y ROI Land Investments firmaron un documento –*Patron agreement*–, en el que se incorpora un acuerdo de garantía, cuyo contenido es el siguiente: ROI Land Investments tiene plena responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones relativas a los contratos de R Swiss AG en virtud de la cooperación de su director con R Swiss. En dicho acuerdo de garantía no se aprecia ni cláusula de elección de foro, ni pacto de Derecho aplicable. El lugar habitual de trabajo de FD para R Swiss estaba fijado en Stuttgart (Alemania). Si bien, el 11 julio 2016, R Swiss despidió a FD. Mediante sentencia de 2 noviembre 2016, el 1^o Tribunal de lo Laboral de Stuttgart–, que conoció de la acción ejercitada por FD, constató de manera definitiva la nulidad de dicho despido. Además, condenó a R Swiss a pagar a FD, según lo acordado en el contrato de trabajo, 255.000 dólares estadounidenses en concepto de pago por incorporación y 212.500 dólares estadounidenses como remuneración correspondiente a los meses de abril a agosto de 2016.

3. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, de conformidad con el art. 20 Reglamento (UE) 1215/2012, en materia de contratos individuales de trabajo, la competencia viene determinada por la sección 5^a, del capítulo II que comprende los arts. 20 a 23. La misma está cimentada en reglas que permiten al trabajador demandar a su empresario ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses, reconociéndole legitimación activa ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el empresario o ante el tribunal del lugar en el que desempeñe habitualmente su trabajo o, cuando ese trabajo no se desempeñe en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que esté situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.

Igualmente, las disposiciones de la señalada sección limitan también la posibilidad de elección del foro por parte del empresario que actúe contra el trabajador y la posibilidad de establecer excepciones a las reglas de competencia fijadas en el Reglamento. Sea como fuere, la reserva relativa a la aplicación del art. 21, ap. 2 Reglamento (UE) 1215/2012 excluye que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda basarse en las normas de ese Estado en materia de competencia judicial cuando se cumplen los requisitos de aplicación de tal precepto, aun cuando dicha normativa sea más favorable para el trabajador.

4. La regla básica contenida en el art. 6.1^o Reglamento (UE) 1215/2012, esto es, la regulación de la competencia judicial internacional en relación con demandados no domiciliados en un Estado miembro, tal cual resulta de la matriz de ROI Land Investments domiciliada en Canadá, está afianzada en la regla de reciprocidad. De este modo, los Estados miembro han renunciado a

emplear foros de competencia judicial internacional discriminatorios y exorbitantes recogidos en sus legislaciones internas contra los sujetos domiciliados en otros Estados miembros. En todo caso, el Reglamento (UE) 1215/2012 se ha limitado a indicar que, para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, deben aplicarse determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el Reglamento incluso si los demandados tienen su domicilio fuera de la UE. Sea como fuere, no es concebible que las normas de competencia de la Unión puedan tener fuera de su ámbito de aplicación un efecto de bloqueo sobre las disposiciones nacionales. De hecho, cualquier otro análisis tendría como consecuencia que, las normas procesales de determinación de la competencia nacionales resultasen inaplicables en todos los casos.

5. Con carácter general, los conceptos utilizados por el Reglamento (UE) 1215/2012, y, en particular, los que figuran en su art. 17, ap. 1, letra c) deben interpretarse de forma autónoma y restrictiva, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para así garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros. Resulta ineludible indicar que sólo serán operaciones de consumo aquellas obligaciones contractuales recogidas en el art. 17, ap. 1. Es decir, no todo contrato en el que participa un eventual consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012.

A la hora de proceder al análisis del art. 17.1º.c) Reglamento (UE) 1215/2012, se debe iniciar teniendo en cuenta dos requisitos esencialmente basados en el comportamiento del empresario. De una parte, que este ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, y de otra, que el cocontratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor. De cualquier manera, sólo hay contrato de consumo si una de las partes es un verdadero profesional y no opera en el tráfico jurídico a título meramente particular, es decir, al margen de cualquier actividad.

6. En lo que respecta a la relación entre el Reglamento (UE) 1215/2012 y el Reglamento (CE) 593/2008, el Tribunal de la Unión advierte que, cada norma persigue objetivos distintos. Así, el Reglamento (CE) 593/2008 se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, con el fin de determinar el Derecho material aplicable, mientras que el Reglamento (UE) 1215/2012 tiene por objeto fijar las normas que permitan determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil.

Al efecto, no debe caer en vano lo determinado por el considerando 7 Reglamento (CE) 593/2008 del cual se desprende que, el ámbito de aplicación material y todas sus disposiciones deben ser coherentes con el Reglamento (UE) 1215/2012.

En atención a la línea trazada por Jean Richard de la Tour, Abogado General del asunto *ROI Land Investments*, un compromiso, aunque sea unilateral, celebrado con un trabajador que tiene por objeto el cumplimiento de las obligaciones marcadas por el empresario, y no que se satisfagan necesidades privadas, está claramente relacionado con el contrato de trabajo. En consecuencia, no se ha celebrado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional.

En esta nebulosa, procede señalar que, las circunstancias en que se celebró el acuerdo de garantía y su contenido hacen que se considere parte integrante del contrato de trabajo y, por ende, cabe deducir que depende de la “actividad profesional” de FD. Sobre este particular, tal acuerdo de garantía forma parte integrante del contrato de trabajo, en virtud del cual FD es responsable del cumplimiento de sus obligaciones frente al empresario, y, por ese motivo, está comprendido en el concepto de “actividad profesional”, tal y como queda referido por el art. 17, ap. 1, del Reglamento (UE) 1215/2012 y del art. 6, ap. 1, del Reglamento (CE) 593/2008.

7. De esta suerte, el modelo competencial establecido por el Reglamento (UE) 1215/2012 en materia laboral puede considerarse, en su formulación y en su evolución, triplemente reforzado en aras al objetivo de protección de los trabajadores. Primero porque su operatividad, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, es cada vez mayor y está mejor orientada a esta finalidad. En segundo lugar, las normas de competencia judicial internacional también han desarrollado y perfeccionado un modelo tuitivo. Y, finalmente, la supresión del exequátur en sede de eficacia de resoluciones cierra el círculo de seguridad procesal.

Asombrosamente, el juez de Luxemburgo entiende que, ante la inexistencia de un contrato – formal –, si subsiste la relación laboral, a saber, resulta notoria la relación de supeditación del trabajador y su empresario, deben ser aplicadas las normas de protección relativas al contrato individual de trabajo. Tal apreciación no debe ser un criterio general, sino de valoración al caso concreto.

A la luz de esta aseveración, se puede afirmar que en el asunto *ROI Land Investments*, dicha compañía, fruto del acuerdo de garantía formalizado con FD y la existencia de un contrato de trabajo entre FD y R Swiss, así como el hecho de que antes de celebrar el contrato de trabajo en cuestión, FD estuviera ligado con ROI Land Investments mediante otro contrato de trabajo y que este no hubiera existido si ROI Land Investments no se hubiera comprometido con FD mediante tal acuerdo de garantía, el cual ha velado en todo momento por el pago de los créditos salariales de FD, constituyen argumentos suficientes para activar el foro de competencia de contrato individual de trabajo a favor del juez radicado en el Estado miembro donde el trabajador ha desempeñado habitualmente su trabajo.

David CARRIZO AGUADO *

10. RESPONSABILIDAD DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS EN CASO TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO SUFRIDO POR UN PASAJERO CON MOTIVO DE LA EVACUACIÓN DE URGENCIA DE UNA AERONAVE (STJ 3ª 20 octubre 2022, as. C-111/21: *BT y Laudamotion GmbH*)

11. EXPEDICIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL MIENTRAS SE EXAMINA LA SOLICITUD DE UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR RAZONES MÉDICAS (STJ 5ª 20 octubre 2022, as. C-825/21: *UP y Centre public d'action sociale de Liège*)

12. RECONOCIMIENTO EN UN ESTADO MIEMBRO DE UNA DISOLUCIÓN MATRIMONIAL PACTADA MEDIANTE UN ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES Y DECLARADA POR UN FUNCIONARIO DEL REGISTRO CIVIL DE OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ GS 15 noviembre 2022, as. C-646/20: *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*)

Observaciones: 1. La presente Sentencia del Tribunal de Justicia aborda la calificación del acta expedida por una autoridad extrajudicial (funcionario del registro civil italiano) en el contexto del RB II bis, aunque la fecha de la Sentencia es posterior al momento de la derogación de este texto debido a la aplicabilidad desde el 1 agosto de 2022 del RB II ter. La respuesta del Tribunal viene marcada por su relevancia, a la vez que por las importantes aristas que presentan los razonamientos la fundamentan. La interpretación en la basa su declaración adolece en unos casos de argumentación, siendo contradictoria en otros. A ello hay que añadir que el desarrollo por el que discurren sus razonamientos no facilita su comprensión y, en ocasiones, no permiten entender la causa a la que obedecen. Todo ello, adornado con ciertas afirmaciones, sorprendentes por inexplicables, son los exponentes que la caracterizan.

2. El caso resuelto se refiere a un divorcio de mutuo acuerdo ante el encargado del registro civil italiano en el que la esposa ostenta la doble nacionalidad alemana e italiana, siendo el esposo

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Universidad de León

nacional italiano. En virtud de lo previsto en el ordenamiento italiano (art. 12 Decreto-Ley 132/2014) comparecen los cónyuges para realizar la declaración referida al cumplimiento de los requisitos legales. Tras la doble ratificación personal, el funcionario del registro civil italiano expide el certificado de divorcio previsto en el art. 39 RB II bis. Con este certificado la esposa solicita a la autoridad alemana competente la inscripción del divorcio en el registro alemán. Ante la duda que suscita a esta autoridad la necesidad del reconocimiento de este divorcio con carácter previo a su inscripción, eleva la cuestión al tribunal competente y, tras sucesivos recursos, llega al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*) quien plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. La primera, si “la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 Decreto Ley nº 132/2014 constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis”. La segunda, para el caso de respuesta negativa a la primera, si “debe tratarse la disolución del matrimonio en virtud del art. 12 Decreto Ley nº 132/2014 conforme a lo previsto en el art. 46 del Reglamento Bruselas II bis acerca de los documentos públicos y acuerdos”.

Como muestran estas cuestiones, la duda del tribunal alemán se refiere a la calificación del acta expedida por el funcionario del registro civil italiano. Solamente su calificación como “resolución judicial” de acuerdo con art. 2.4º RB II bis permitía el reconocimiento automático previsto en su art. 21.1º. La respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial motiva que el Tribunal no se pronuncie sobre la segunda (ap. 68).

3. La respuesta a la cuestión abordada se resuelve en la decisión de la Sentencia al señalar que “(e)l art. 2, punto 4, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (...) debe interpretarse, particularmente a efectos de la aplicación del art. 21, ap. 1, de ese Reglamento, en el sentido de que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil de un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una “resolución judicial” en el sentido del referido art. 2, punto 4”. Esta transcripción permite constatar que la única condición que exige el Tribunal para que el acta que extiende el funcionario del registro civil de un Estado miembro sea una “resolución judicial” es la declaración del acuerdo de divorcio de los cónyuges, sin que sea necesario que esta autoridad realice control alguno del fondo del acuerdo referido al consentimiento de los cónyuges.

4. La clave para entender, que no justificar, esta decisión, se encuentra en la prevalencia del resultado al que pretende llegar el Tribunal como solución del caso. La solución predeterminada ha sido antepuesta a cualquier obstáculo que pudiera impedirla. El resultado buscado es que el acta expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro pueda ser reconocida de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 21.1º RB II bis. El obstáculo es el estrecho marco que este precepto presenta en cuanto su operatividad está vinculada a la calificación del título como “resolución judicial”. De no permitir esta calificación, la aplicabilidad del art. 46 para los documentos públicos o acuerdos lleva a un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo. En este contexto, la finalidad de la interpretación es salvar la importante traba que supone en el caso de divorcio ante el encargado del registro civil la acreditación de los presupuestos que delimitan el concepto de “resolución judicial”, particularmente el que sustenta el carácter decisorio de su intervención relativo al examen de la realidad y de la validez consentimiento de los cónyuges.

5. Como presupuesto imprescindible para resolver la cuestión, el Tribunal aborda la interpretación del concepto de “resolución judicial” (aps. 46 a 57), ante la ausencia de definición en el art. 2.4º RB II bis y de remisión alguna al ordenamiento de los Estados miembros. La Sentencia deja claro que este concepto se articula sobre un doble presupuesto. El primero, que sea adoptada por un “órgano jurisdiccional”, término que de acuerdo con el art. 2.1º RB II bis comprende a las autoridades judiciales o extrajudiciales de los Estados miembros que tengan atribuida la competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (aps. 46 a 51). El segundo, que la intervención del “órgano jurisdiccional” tenga carácter decisorio, cuya existencia se constata mediante el elemento del control sobre la declaración del

divorcio. Este control implica, especialmente en los divorcios de mutuo acuerdo, “que lleve a cabo un examen de las condiciones del divorcio a la luz del Derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges que van a divorciarse” (ap. 54).

6. Sobre la base del doble presupuesto que configura el concepto de “resolución judicial” el Tribunal aborda la solución determinando si en el mismo queda comprendida el acta de divorcio del funcionario del registro civil italiano expedida de acuerdo con lo previsto en el art. 12 DL 132/2014 de su legislación (aps. 63 a 66). En virtud de este precepto considera acreditado el primero de aquellos presupuestos al constatar que este funcionario es una autoridad legalmente instituida al venirle atribuida por esta norma la competencia para declarar el divorcio. En lo que respecta al segundo presupuesto, el precepto italiano también permite constatar que dicha autoridad examina el cumplimiento de los requisitos previstos en su legislación (ap. 65). Sin embargo, y esto es lo relevante, no permite acreditar que realice el examen del fondo del acuerdo referido al consentimiento de los cónyuges que requiere el carácter decisorio de la intervención de la autoridad competente. El derecho italiano únicamente exige que los cónyuges declaren ante el funcionario del registro civil su voluntad de divorciarse. Esto lleva al Tribunal de Justicia a actuar por la vía de la interpretación con el objeto de llegar al resultado pretendido, que de otro modo no hubiera sido posible en el contexto del RB II bis.

7. Entiende el Tribunal que el control del fondo del acuerdo referido a la realidad y validez del consentimiento de los cónyuges se deriva de la exigencia que impone el art. 12 DL 132/2014 al funcionario del registro civil italiano de recabar la declaración de voluntad de divorcio de cada cónyuge, porque considera, y aquí radica la relevancia, que ello “implica que se asegura de que consienten de forma válida, libre e informada en divorciarse (ap. 64). En esta única afirmación de este único apartado se encuentra el eje central sobre el que sustenta la declaración de la Sentencia. La equiparación entre la simple declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse y el control del fondo del acuerdo que ha de realizar la autoridad competente le permite señalar que el acta de divorcio que expide el funcionario del registro civil italiano es una “resolución judicial”. Esta equiparación carece de argumentación a pesar de la relevancia que presenta en la solución del caso. Y es que, realmente, la declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse no es equivalente al control del fondo que pueda permitir a la autoridad asegurarse de la realidad y validez, o del carácter libre e informado de su consentimiento para el divorcio. La declaración de los cónyuges es solo el presupuesto que abre la posibilidad del control del consentimiento (validez, realidad, información), pero este se produce en un segundo escalón. El resultado de esta equiparación es la pérdida de relevancia del examen del consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, del carácter decisorio con el que ha de intervenir la autoridad competente y ello, a pesar de que se trata de un presupuesto esencial en la configuración del concepto de “resolución judicial” de acuerdo con la interpretación que, también en la Sentencia, ha realizado el Tribunal. Nos encontramos ante la muestra de la prevalencia del resultado pretendido, para el que “todo vale”, incluida una respuesta que no está a la altura de la relevancia que presenta como núcleo de la solución. La afirmación en la que se basa va más allá de la labor interpretativa como refleja su imposible justificación, su carencia de argumentación y su incompatibilidad con el resto de los parámetros sobre los que se fundamenta la misma Sentencia. Sus resultados tampoco actúan como freno para la respuesta.

8. Mención aparte requiere la referencia de la Sentencia a la continuidad normativa del RB II ter respecto al RB II bis referida al concepto de “resolución judicial” (aps. 58 y 59) y al sistema de reconocimiento (aps. 60 y 61). En este contexto destacan las sorprendentes afirmaciones que realiza el Tribunal mediante las que reconduce la novedad introducida por el RB II ter en el sistema de reconocimiento a una mera “aclaración”, cuando desde luego no es esto lo que muestra su normativa. El art. 65. 1º RB II ter introduce una de las más importantes novedades respecto a su predecesor al dotar de eficacia constitutiva y equiparar con las “resoluciones”, a los efectos del procedimiento, a los acuerdos de divorcio comprendidos en un “documento público” o en un “acuerdo”. Esta equiparación implica la aplicación del sistema de reconocimiento

automático con independencia de la calificación del título en cualquiera de estas categorías que recoge en su art. 2. En todo caso, más allá de la negativa valoración que merecen estas injustificadas afirmaciones, lo cierto es que no se encuentra la incidencia que puedan tener para la solución del caso planteado, motivo por el que no se puede comprender la razón a la que obedece la consideración de la continuidad normativa de estos Reglamentos como argumento de la interpretación que basa su declaración. La Sentencia no la ofrece, al introducir esta referencia con la expresión “por lo demás” (ap.58). Tampoco aporta la respuesta su ubicación, tras la delimitación del concepto de “resolución judicial”. La respuesta al caso que aborda ha de basarse en el RB II bis como texto normativo en el que se plantea y no conforme a una reglamentación posterior. La ausencia de causa que justifique esta referencia, únicamente contribuye a empañar la comprensión del desarrollo por el que discurre el razonamiento en el que el Tribunal basa su declaración.

9. Las consecuencias que presenta la decisión de esta Sentencia se han de medir en atención al impacto que puedan tener en el ámbito del RB II ter como texto actualmente aplicable. En sentido negativo se puede señalar que no presenta incidencia alguna desde la perspectiva del sistema de reconocimiento. La equiparación del tratamiento a los efectos del procedimiento automático entre “resoluciones”, “documentos públicos” y “acuerdos”, implica la pérdida de relevancia de la categoría en la que se comprenda el acta de divorcio expedida por la autoridad, judicial o extrajudicial, del Estado miembro de origen. Distinto es, sin embargo, el impacto que presenta fuera de este ámbito. La incidencia de la Sentencia se puede constatar, en primer lugar, respecto al concepto de “resolución” al que se refiere el art. 2 RB II ter. Este precepto introduce una importante novedad al definir las “resoluciones”, “documentos públicos” y “acuerdos” y establecer, como elemento que identifica a la primera y marca la diferencia respecto a los demás, el carácter decisorio de la intervención de la autoridad competente. La pérdida de relevancia de este elemento propio de la “resolución” como resultado de la decisión de la Sentencia, difumina el contorno con el que este precepto la delimita, rompiendo así el esquema sobre el que articula la calificación de las distintas categorías de títulos susceptibles de reconocimiento. En segundo lugar, es también relevante la incidencia que en la aplicación del RB II ter presenta la Sentencia por la calificación como “resolución judicial” del acta del funcionario del registro. La vinculación entre “resolución” y “órgano jurisdiccional” (art. 2.1º) implica que este título solo puede ser expedido por un “órgano jurisdiccional”. El resultado es que esta autoridad actúa como “órgano jurisdiccional”. En el sector de la competencia judicial internacional implica que el encargado del registro civil queda vinculado a las normas de competencia comprendidas en el Capítulo II del RB II ter, lo que exige considerar la dificultad que pudiera plantear a las legislaciones nacionales a los efectos de la organización registral. Por otra parte, también este resultado afecta a las comunicaciones realizadas por los Estados miembros en virtud de lo previsto en el art. 103. Puesto que el Tribunal de Justicia no asume de manera automática el valor de estas comunicaciones (SSTJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *WB* y 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.*), la declaración de la Sentencia supone la confirmación del que presentan aquellas que hubieran incluido al encargado del registro civil entre el listado de autoridades que pueden expedir el certificado de las “resoluciones” previsto en el art. 36.1 a).

10. En este sentido, particular mención requiere la constatación de la incidencia que presenta la Sentencia respecto a la comunicación realizada por España al precisar que las autoridades competentes para emitir el certificado previsto en el art. 36.1º.a) son los Letrados de la Administración de Justicia, en tanto que los notarios pueden expedir el relativo a los “documentos públicos” y los “acuerdos”. El resultado de esta delimitación es que la autoridad notarial no es considerada como “órgano jurisdiccional” en el contexto del RB II ter. Esta comunicación no responde a lo previsto en nuestra legislación (arts. 82 a 90 Cc) que atribuye competencia al notario para conocer del divorcio de mutuo acuerdo y su función muestra el carácter decisorio de su intervención como consecuencia del control de legalidad y lesividad que tiene que realizar en la tramitación de la escritura pública. En este contexto la Sentencia tiene especial relevancia en cuanto afecta al valor de la comunicación de España. La mayor amplitud que tiene la

intervención de la autoridad notarial española que la exigida por el Tribunal de Justicia para calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio del encargado del registro civil de un Estado miembro (vinculada al mero hecho de que los cónyuges declaren su voluntad de divorciarse ante esta autoridad), permite sustentar que la decisión de divorcio del notario español es una “resolución” y como tal ha de circular en el ámbito europeo. Este reconocimiento implícito que cabe derivar del pronunciamiento de la Sentencia ha motivado la retirada de la cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes el 10 mayo 2022, en el asunto C-304/22 (DO C 318 de 22.8.2022) en la que preguntaban al Tribunal de Justicia si la decisión de divorcio de la autoridad notarial española puede ser calificada como “resolución judicial”. Cabe señalar, por todo ello, que esta Sentencia ha desvirtuado el valor de la comunicación española, lo que no obsta a la necesidad de su modificación para dejar constancia de que los notarios pueden expedir el certificado propio de las “resoluciones” en materia matrimonial

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ *

13. MATRIMONIO INFANTIL NO RECONOCIDO EN UN ESTADO MIEMBRO: SITUACIÓN DE REFUGIADO MENOR CASADO EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA EN EL TERRITORIO DE ESE ESTADO (STJ) 3ª 17 noviembre 2022, as. C-230/21: *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*

Observaciones: El caso *X. c Belgische Staat* pone de relieve la desconexión entre los planteamientos de Derechos humanos, Derecho internacional privado y Derecho de extranjería en relación con una cuestión particularmente polémica como el matrimonio infantil. La hija de X, de quince años de edad, contrajo matrimonio en diciembre de 2016 en el Líbano con Y.B. de diecinueve años, que era titular de un permiso de residencia en vigor en Bélgica. La normativa de extranjería belga impedía a Y.B. solicitar la reunificación familiar de su cónyuge, la hija de X, por ser menor de edad. Se trata de una normativa conforme con el art. 4 Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 septiembre 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar que permite que los Estados exijan, “con el fin de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados” que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima”.

Ello no impidió no obstante que de facto la hija de X se reuniera con Y.B. El 28 agosto de 2017, ocho meses después de la celebración del matrimonio en Líbano, la hija de X llegó a Bélgica. Un día después, el 29 agosto de 2017, el Servicio Público Federal de Justicia belga consideró que era una menor extranjera no acompañada y le asignó una tutora. El 26 de septiembre las autoridades belgas reconocieron a la hija de X la condición de refugiada. En esa misma fecha la Oficina de Extranjería belga le comunicó su negativa a reconocer su matrimonio, por tratarse de un matrimonio infantil contrario al orden público belga. Pocos meses después, la madre, X, presentó ante la Embajada de Bélgica en el Líbano una solicitud de visado con fines de reagrupación familiar con su hija, así como visados por razones humanitarias para otros dos hijos menores. Estas solicitudes fueron denegadas, con fundamento en que la familia nuclear está constituida únicamente por los cónyuges e hijos menores de edad solteros. Se concluyó que al estar la hija de X casada ya no pertenecía a la familia nuclear de sus padres, por lo que no procedía la reagrupación.

En el recurso prejudicial se formulan dos preguntas. De una parte, se pregunta si un refugiado menor de edad no acompañado debe no estar casado para poder ser considerado “menor no acompañado” según el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86 y poder así beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar con su ascendiente (art. 10.3ª.a) de la Directiva). Adicionalmente se

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia. El presente comentario 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.

pregunta si puede considerarse “menor no acompañado” no casado a un refugiado menor de edad cuyo matrimonio no es reconocido por razones de orden público.

La primera cuestión puede resolverse fácilmente con referencia al art. 2 f) de la Directiva que define el concepto de ‘menor no acompañado’ y establece únicamente dos requisitos, a saber, que ha de tratarse de un menor y que este menor ha de estar no acompañado. El estado civil no se menciona ni en este precepto ni en el art. 10 de la Directiva. El TJUE pone de relieve en el FJ 28 de la sentencia comentada que el derecho a la reagrupación familiar de los menores refugiados no se supedita a ningún margen de apreciación ni a ningún otro requisito establecido en otros preceptos de la Directiva 2003/86, por lo que está vedado a los Estados miembros introducir requisitos adicionales por vía interpretativa. Por consiguiente, el hecho de que la hija de X esté casada es irrelevante de cara a la reagrupación familiar con su madre y sus hermanos.

El Tribunal de Justicia consideró innecesario responder a la segunda cuestión prejudicial. En este punto son de interés las consideraciones del Abogado General, quien en aras de la exhaustividad analiza si puede considerarse ‘menor no acompañado’ a un refugiado menor de edad cuyo matrimonio no se reconoce en virtud de las normas de DIPr. El Abogado General recuerda que en el estado actual del Derecho de la Unión no existe una definición autónoma del concepto de matrimonio. Corresponde, por tanto, a los Estados miembros determinar si existe o no un matrimonio conforme a sus propias normas de Derecho internacional privado. La operatividad de las normas de extranjería europeas depende de la resolución de una cuestión previa, la validez del matrimonio, sujeta a normas de Derecho internacional privado no uniformes. El Abogado General establece en sus Conclusiones un límite a la resolución de la cuestión preliminar que recuerda al que se exige respecto a la aplicación de la excepción de orden público en el contexto europeo. Se ha de respetar la efectividad del Derecho de la Unión y los objetivos de la Directiva 2003/86. Que un Estado se niegue a reconocer el matrimonio de un menor por razones de orden público y al mismo tiempo lo considere casado a efectos de reagrupación familiar iría en contra de los citados objetivos pues privaría al niño del derecho a la reagrupación familiar con sus ascendientes incrementando su dependencia del cónyuge no reconocido.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS *

14. CONDICIONES QUE DAN LUGAR AL APLAZAMIENTO DE LA EXPULSIÓN DE UN NACIONAL DE TERCER PAÍS AQUEJADO DE ENFERMEDAD GRAVE CON TRATAMIENTO MÉDICO PALIATIVO (STJ GS 22 noviembre 2022, as. C-69/21: *Xy Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*)

15. CONDICIONES GENERALES QUE PUEDEN CONSULTARSE E IMPRIMIRSE A PARTIR DE UN ENLACE HIPERTEXTO MENCIONADO EN UN CONTRATO CELEBRADO POR ESCRITO (STJ 7ª 24 noviembre 2022, as. C 358/21: *Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG*)

Observaciones: 1. Esta sentencia se pronuncia acerca de la eficacia de una vía para la incorporación de cláusulas de jurisdicción frecuente en la práctica. Se trata de la remisión en el texto de un contrato formalizado por escrito (cabe entender, en este caso, que en papel) a un URL (localizador uniforme de recurso) que da acceso a las condiciones generales del predisponente entre las que se incluye la cláusula de jurisdicción. En el litigio principal la parte que se oponía a la jurisdicción de los tribunales designados en el acuerdo de jurisdicción invocaba que esta situación no es equiparable a la que concurría en la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de 21 mayo 2015, *El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334. Cabe recordar que en ese precedente el Tribunal de Justicia aclaró que la exigencia de forma escrita en el actual art. 25.1º.a) y 2 RBIbis

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

(que se corresponde con el art. 23.1º.a y 2º del Convenio de Lugano, al que va referida la nueva sentencia) puede satisfacerse cuando se contrata mediante una página web aceptando mediante un clic en el botón correspondiente las condiciones generales (técnica conocida como *click wrapping*), aunque en el proceso de contratación el texto de las condiciones generales que incluye la cláusula de jurisdicción no se abra de manera automática sino que tan solo se ponga a su disposición mediante un enlace, de modo que si el adherente opta por no pulsar sobre el enlace correspondiente puede aceptar las condiciones generales mediante un clic sin haber accedido previamente a ese contenido.

2. Frente a la posición de esa parte, el Tribunal avala que la inclusión de la URL que hace posible el acceso a las condiciones generales en el texto del contrato firmado por las partes – obviamente, no siendo una de ellas un consumidor de modo que no resulta aplicable el régimen específico de los contratos de consumo – pueda ser suficiente para que se entienda válidamente celebrado el acuerdo atributivo de competencia recogido en las condiciones generales a las que se remite expresamente el contrato. Se trata de un planteamiento muy razonable y acorde con las necesidades de la contratación internacional. El Tribunal de Justicia destaca expresamente en el ap. 55 de la sentencia *Tilman* que el litigio en el que se plantea la cuestión se refiere a relaciones entre empresas comerciales, de modo que no afecta a la aplicación de las restricciones a la eficacia de los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo. No obstante, pese a la aparente rotundidad del fallo de la sentencia y la solidez de los argumentos para avalar esa posición, en la sentencia se incluyen ciertas consideraciones que pueden ser fuente de confusión.

3. Comenzaré por el final. El fallo de la sentencia establece que el art. 23, aps. 1 y 2 del Convenio de Lugano “debe interpretarse en el sentido de que se ha estipulado válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web..., sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web”. Cabe entender que en este texto la expresión “contrato celebrado por escrito” incluye los celebrados en soporte tangible (papel) y el término “enlace hipertexto a un sitio web” comprende la inclusión en tales contratos de la URL (“mención del enlace de hipertexto” dice el ap. 51 de la sentencia) que permite acceder a las condiciones generales y guardarlas, aunque para ello, al margen del documento en el que se recoja el contrato deba emplearse un dispositivo que haga posible el acceso al sitio web donde se ubican las condiciones generales.

4. La argumentación que permite llegar a ese resultado de manera coherente con la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia aparece recogida básicamente en los aps. 47 a 54 de la sentencia. En síntesis, el Tribunal considera que esa vía satisface la exigencia de forma escrita del art. 25 RBIBis (23 Convenio de Lugano), en la medida en la que el texto del contrato contenga una remisión expresa a las condiciones generales en las que se incluye el acuerdo de jurisdicción y que éstas hayan sido efectivamente comunicadas a esa parte. Este requisito se considera cumplido “siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal” (ap. 51 de la sentencia). Basta para ello con que “el acceso a dichas condiciones generales sea posible antes de la firma del contrato y la aceptación de esas condiciones se produzca con la firma de la parte contratante afectada”, siempre que las condiciones puedan guardarse o imprimirse, de modo quepa entender que se proporciona un registro duradero del acuerdo de jurisdicción (ap. 52-54).

5. Esta argumentación del Tribunal resulta plenamente coherente y lleva a considerar que esa vía de incorporación de la cláusula de jurisdicción incorporada en las condiciones generales permite satisfacer la exigencia de que el acuerdo atributivo de competencia se haya celebrado por escrito, conforme a lo dispuesto en la letra a) art. 23.1º Convenio de Lugano (art. 25.1º RBIBis) en relación con la previsión específica respecto del uso de medios electrónicos de su ap. 2.

6. Ahora bien, lo que puede ser fuente de confusión es que, tras ese análisis, sin ulterior argumentación, más allá de la mera constatación de que se trata de un acuerdo entre

comerciantes, el Tribunal en los aps. 56 a 58 de la sentencia proceda a valorar la eventual validez formal del acuerdo a la luz de las opciones recogidas en las letras b) y c) del ap. 1 del art. 23 del Convenio de Lugano (art. 25 RBibis). Esas opciones requieren apreciar que el acuerdo se ha celebrado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas (letra b) o que es una forma conforme a un uso del comercio internacional que les resulte aplicable (letra c). Además, el Tribunal concluye que corresponde al órgano remitente “comprobar si las partes en el litigio principal han estipulado una cláusula atributiva de competencia en una de las formas previstas en el art. 23, ap. 1, letras b) y c), del Convenio de Lugano.” Por último, pese a que la cuestión prejudicial iba referida únicamente a la interpretación de la letra a) del ap. 1 (en combinación con el ap. 2), el pronunciamiento del Tribunal declarando que esa vía cumple las exigencias formales va referido genéricamente al ap. 1 –no específicamente a su letra a)– en combinación con el ap. 2.

7. En realidad, si la técnica de contratación y de remisión a las condiciones generales analizada satisface la exigencia de forma escrita conforme a la letra a) del ap. 1 (en combinación con el ap. 2), no resulta preciso acudir a las letras b) y c) del art. 23.1 del Convenio de Lugano (art. 25.1º RBibis) (que, por cierto, son opciones de forma que, al menos de modo expreso, no aparecen mencionadas en el texto del art. 3 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, disposición, no obstante cuya interpretación debe ser uniforme y diferenciada de la del art. 25 RBibis y 23 CL). Cuestión distinta, que no aborda el Tribunal, es que la eficacia de tales cláusulas conforme a la mencionada letra a) puede requerir que el predisponente pruebe que el enlace hipertexto funcionaba, pudo ser abierto por la otra parte antes de celebrar el contrato aplicando una diligencia normal, y permitía obtener un registro duradero de las condiciones generales en cuestión.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

16. EL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA DEBE RETIRAR LOS ENLACES A INFORMACIÓN QUE FIGURA EN EL CONTENIDO INDEXADO CUANDO EL SOLICITANTE PRUEBA QUE ES MANIFIESTAMENTE INEXACTA (STJ GS 8 diciembre 2022, as. C-460/20: *TU:RE y Google LLC*)

17. ANUNCIOS PUBLICADOS EN INTERNET POR TERCEROS VENEDORES QUE UTILIZAN EN ESOS ANUNCIOS UN SIGNO IDÉNTICO A UNA MARCA AJENA PARA PRODUCTOS IDÉNTICOS A AQUELLOS PARA LOS QUE ESTA ESTÁ REGISTRADA (STJ GS 22 diciembre 2022, as. C-148/21 y C-184/21: *Louboutin*)

18. LOS VIAJEROS CUYO VIAJE COMBINADO SE HAYA VISTO AFECTADO POR LAS MEDIDAS PARA CONTENER LA PANDEMIA DE COVID-19 PUEDEN TENER DERECHO A UNA REDUCCIÓN DEL PRECIO DEL VIAJE (STJ 2ª 12 enero 2023, as. C-396/21: *FTI Touristik*)

19. EL TRIBUNAL GENERAL CONFIRMA LAS FACULTADES REFORZADAS DE LA AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA COOPERACIÓN DE LOS REGULADORES DE LA ENERGÍA (ACER) PARA ADOPTAR DECISIONES INDIVIDUALES SOBRE CUESTIONES TRANSFRONTERIZAS (STG 2ª ampl. 15 febrero 2023, asuntos T-606/20 y T-607/20: *Austrian Power Grid y otros/ACER*)

20. EL DERECHO DE LA UNIÓN SE OPONE A QUE AUTORIDADES NACIONALES PUEDAN OBTENER SIN JUSTIFICACIÓN LA SUSPENSIÓN DE UNA RESOLUCIÓN FIRME DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR (STJ 3ª 16 febrero 2023, as. C-638/22 PPU: *Rzecznik Praw Dziecka y otros*)

Observaciones: 1. En el asunto C-638/22 el TJ se pronuncia sobre tres cuestiones planteadas por el Tribunal de Apelación de Varsovia. En primer lugar, sobre la compatibilidad del art. 388.1º del Código

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

de Procedimiento Civil, modificado por Ley de 2022 (en adelante, CPC) con las exigencias de celeridad previstas en el art. 11.3º Reglamento 2201/03 y en los arts. 22, 24, 27.6º y 28.1º y 2º Reglamento 2019/1111. En segundo lugar, sobre la conformidad de las disposiciones polacas con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, la Carta). Y, por último, se cuestiona si, en el supuesto de confirmar que el Reglamento europeo se opone a lo dispuesto en el art. 388.1 CPC, el tribunal nacional estaría obligado a dejar de aplicar las disposiciones nacionales, de conformidad con el principio de primacía del Derecho europeo.

Los hechos que originan la decisión del TJ son los siguientes: Una familia, de nacionalidad polaca, integrada por el padre, la madre y dos hijos menores, residen durante varios años en Irlanda, donde los padres han trabajado de forma estable. En el verano de 2021, la madre de los menores, con el consentimiento del padre, se traslada de vacaciones a Polonia. En septiembre informa al padre que ha decidido quedarse de forma permanente en su país natal. Frente a este hecho, en noviembre, el padre solicita ante el tribunal polaco competente la restitución de los menores a Irlanda con base en el Convenio de La Haya de 1980. Mediante Auto de 15 junio 2022 el tribunal polaco, considerando que no existe ningún peligro para los menores, ordena su restitución a Irlanda, Estado de residencia habitual anterior al traslado. Frente a dicho auto la madre interpone recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Varsovia que, mediante Auto de 21 septiembre 2022, resuelve desestimando el recurso interpuesto y considerando que no ha lugar para denegar la restitución. Con fecha 28 de septiembre, la resolución adquiere firmeza y, no cumpliendo la madre la resolución para garantizar el regreso de los menores a Irlanda, el padre solicita una copia del auto junto con una declaración relativa a su ejecutoriedad. El 30 de septiembre y el 5 de octubre, respectivamente, con base en el art. 388.1º CPC, el Defensor de los derechos del niño y el Ministerio Público, autoridades autorizadas tras la reforma del citado precepto operada por la Ley 2022, solicitan al Tribunal de Apelación de Varsovia la suspensión de la ejecución de las órdenes definitivas de restitución de fechas 15 de junio y 21 de septiembre. Y, posteriormente, con fecha 21 de noviembre, interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Polonia.

2. En relación con la primera cuestión, el TJ delimita, en primer lugar, el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111 afirmando que, como se desprende de su art. 100.2º, el Reglamento 2201/2003 sigue aplicándose, tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111, a acciones interpuestas antes del 1 agosto de 2022. En el presente asunto, con fecha 18 noviembre 2021, el padre solicita ante el Tribunal Regional de Wrocław la restitución de los menores a Irlanda con base en el Convenio de La Haya del 80, siendo aplicable el Reglamento 2201/03. La solicitud de ejecución de la orden de restitución, solicitada con fecha 21 septiembre 2022, aunque es posterior a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, no constituye un procedimiento independiente sino una etapa del procedimiento de restitución iniciado en noviembre de 2021. En consecuencia, el Reglamento 2019/1111 no resulta aplicable temporalmente por lo que procede determinar únicamente la compatibilidad del reformado art. 388 C.P.C. con el art. 11.3º Reglamento 2201/03.

Del tenor literal del art. 11.3º del texto europeo se desprende la obligación de los Estados miembros de adoptar una decisión de restitución del menor en un plazo especialmente breve y estricto. En principio, dicha decisión debe adoptarse a más tardar en el plazo de seis semanas, utilizando los procedimientos más rápidos previstos por la legislación nacional. Regla de la que solo es posible apartarse en “circunstancias excepcionales”. El contexto en el que se encuentra el art. 11.3º Reglamento 2201/03 avala esta interpretación. Dicho precepto complementa y especifica las normas del Convenio de La Haya de 1980, constituyendo un conjunto indivisible de normas aplicables a los procedimientos de retorno de menores desplazados ilícitamente dentro de la Unión de tal modo que las normas convencionales inciden sobre el significado, alcance y eficacia de las disposiciones europeas. Además, el objetivo de ambas disposiciones es el retorno inmediato del menor. Para ello se requiere a los Estados y sus autoridades la utilización de procedimientos de emergencia para resolver la restitución y solo en circunstancias excepcionales, en caso de grave riesgo para el menor, puede denegarse la restitución. Este imperativo de eficacia y rapidez que rige la adopción de una decisión de retorno se impone a las autoridades nacionales también en el marco de la ejecución de tal decisión pues, de otro modo, si la legislación nacional permitiera la ejecución de una decisión final que ordenara la suspensión de la restitución de un niño, el art. 11.3º Reglamento se vería privado de su efecto útil. De ahí que el Tribunal

haya afirmado que la aplicación de normas nacionales de Derecho sustantivo y procesal no puede menoscabar el efecto útil del Reglamento 2201/2003.

Asimismo, esta interpretación garantiza el respeto a los derechos fundamentales del niño, en particular, el derecho al respeto de la vida privada o familiar y la necesidad que tiene el niño de mantener regularmente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, conforme a lo dispuesto en los arts. 7 y 24 de la Carta. Derechos cuya interpretación no puede limitar o afectar a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales Libertades, suscrita en Roma el 4 noviembre 1950. Este texto, de acuerdo con la interpretación ofrecida por el TEDH, exige en el marco de su art. 8 que en supuestos relativos a decisiones dictadas sobre la base del Convenio de La Haya de 1980, la idoneidad de una medida deba evaluarse, en particular, en función de la velocidad de su aplicación. Estos casos requieren un tratamiento urgente ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los hijos y el progenitor que no reside con ellos.

3. Sobre la conformidad de las disposiciones polacas con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta, la cuestión planteada se sustenta en que aquellas disposiciones facultan a determinadas autoridades, no judiciales, para solicitar la suspensión de la ejecución de una decisión judicial firme, sin que dicha facultad esté sometida a control judicial alguno. El CPC permite que la ejecución de una decisión de retorno se suspenda automáticamente, por un período de al menos dos meses, cuando el Defensor de los derechos del niño o el Ministerio Público lo solicita ante el Tribunal de Apelación, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha en que la decisión sea definitiva. Además, si, tras la presentación de esta solicitud, la citada autoridad interpone un recurso ante el Tribunal Supremo polaco, la suspensión de la ejecución se prorroga automáticamente hasta el final del procedimiento.

Conforme a una reiterada jurisprudencia, el derecho a un recurso efectivo consagrado en el art. 47 de la Carta se opone a que una autoridad pueda impedir la ejecución de una decisión judicial y no puede servir para justificar que una decisión judicial firme y vinculante siga siendo ineficaz en perjuicio de una parte. No se admiten, en este marco, las alegaciones presentadas por el Gobierno polaco justificando las disposiciones polacas en la necesidad de garantizar la protección de los menores frente a daños irreparables derivados de la ejecutoriedad de la decisión de restitución. Entiende el TJ que tal protección está garantizada por la existencia de un recurso ante un órgano judicial cuando concurren los supuestos contemplados en el art. 13 Convenio de La Haya de 1980. Además, la suspensión de una decisión firme de retorno por un período de al menos dos meses o más, cuando las autoridades interponen recurso extraordinario, excede el plazo en el que la decisión de retorno debe adoptarse conforme a lo dispuesto en el art. 11.3º Reglamento 2201/03. En consecuencia, de los arts. 11.3º Reglamento 2201/03 y 47 de la Carta no se deriva la obligación de los Estados miembros de prever un nivel adicional de competencia contra la decisión de retorno cuando esta decisión ha sido adoptada en el marco de un procedimiento que ya prevé dos niveles de competencia y el procedimiento permite al órgano judicial valorar la existencia de riesgos para el menor en caso de restitución. Conforme a los preceptos citados el retorno del menor al lugar de su residencia habitual solo puede suspenderse en circunstancias específicas y casos excepcionales y, en cualquier caso, no permiten otorgar un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra la decisión de retorno si tal suspensión, como ocurre en el marco de la legislación polaca, no está debidamente justificada.

4. Confirmada, de acuerdo con cuanto antecede, la incompatibilidad del reformado art. 388 CPC con el art. 11.3º Reglamento 2201/03, el TJ resuelve acerca de la obligación o no del tribunal nacional de dejar de aplicar las disposiciones nacionales de conformidad con el principio de primacía del Derecho europeo. Dicho principio impone al juez nacional, encargado de aplicar las normas del Derecho de la Unión, la obligación de garantizar el pleno efecto de las exigencias de las disposiciones europeas en el litigio que conoce, dejando, en su caso, sin aplicación cualquier norma o práctica nacional que sea contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo, sin solicitar o esperar su eliminación por la vía legislativa o por cualquier otro proceso constitucional. En el supuesto, el Reglamento 2201/03, disposición que goza de aplicabilidad inmediata y efecto directo, por su propia naturaleza y su función en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión, es capaz de conferir a los particulares derechos que los tribunales nacionales tienen la obligación de proteger. En su art. 11.3º

impone a los Estados miembros la exigencia de celeridad en los procedimientos destinados a la adopción de una decisión de retorno en el sentido del Convenio de La Haya de 1980, esto es, una obligación de resultado, clara y precisa. Los órganos nacionales están obligados a garantizar su pleno efecto, en su caso, sin aplicar la legislación nacional que afecte a la consecución de su efecto útil, como ocurre en el supuesto resuelto por el TJ.

María Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ*

21. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN CERTIFICADA COMO TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES (STJ 4^a 16 febrero 2023, as. C-393/21: *Lufthansa Technik AERO Alzey*)

Observaciones: 1. El Reglamento (CE) 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados responde a un modelo que ha tenido una limitada influencia en la evolución posterior de los instrumentos sobre cooperación judicial civil elaborados en el seno de la Unión. Así lo ilustra especialmente el que la supresión del exequátur en el marco del RBlbis tuviera lugar mediante un modelo sustancialmente diferente. El establecimiento en el Reglamento (CE) 805/2004 de un mecanismo en el que se contempla un único motivo de denegación de la ejecución (incompatibilidad con una resolución previa) como establece su art. 21, lo que se vincula con los peculiares requisitos del procedimiento para la adopción de la resolución y su certificación como título ejecutivo europeo y contrasta con los motivos de denegación de la ejecución previstos en el art. 45 RBlbis, dota de singular interés en el marco del Reglamento (CE) 805/2004 a lo dispuesto en su art. 23 con respecto a la suspensión o limitación de la ejecución. La sentencia reseñada aborda determinados aspectos de la suspensión de la ejecución de resoluciones certificadas como títulos ejecutivos europeos.

2. Tal vez la principal aportación de la sentencia sean sus precisiones acerca de cómo debe entenderse la expresión “en circunstancias especiales”, en tanto que presupuesto que debe concurrir según el art. 23 letra c) para que se pueda suspender el procedimiento de ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo cuando ha sido impugnada en el Estado miembro de origen o cuando se ha solicitado la rectificación o la revocación del certificado de título ejecutivo europeo ante el órgano jurisdiccional de origen. El Tribunal de Justicia destaca que debe tratarse de circunstancias excepcionales en un marco en el que los órganos jurisdiccionales o autoridades del Estado miembro de ejecución tienen un margen de apreciación limitado.

3. En concreto, la sentencia establece que tales circunstancias concurrirán cuando la continuación del procedimiento de ejecución de la resolución en cuestión exponga al deudor “a un riesgo real de sufrir un perjuicio especialmente grave cuya reparación sea imposible o extremadamente difícil en caso de anulación de la referida resolución o de rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo”, precisando además que tales “circunstancias especiales” no son relativas al procedimiento judicial en el Estado miembro de origen contra la resolución o contra el certificado de TEE (ap. 46 y punto 1 del fallo de la sentencia).

4. La constatación de que la resolución objeto de ejecución no puede en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro de ejecución (ap. 41 de la sentencia) no es algo específico del Reglamento 805/2004, como resulta del empleo de esa misma expresión en el art. 52 RBlbis. Ahora bien, no sorprende que precisamente con respecto al funcionamiento del Reglamento 805/2004 el Tribunal de Justicia, en línea con la eliminación de controles –incluido el orden público– que ese instrumento llevó a cabo, destaque la especial relevancia del principio de confianza recíproca entre Estados miembros en la Administración de justicia en cada uno de

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura.

ellos en el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución (aps. 42 y 43 de la sentencia).

5. Por otra parte, la sentencia aborda la interacción entre las tres posibilidades de suspensión o limitación de ejecución previstas en las letras a) –limitarla a medidas cautelares–, b) –subordinarla a la constitución de una garantía– y c) –suspenderla– del art. 23 Reglamento 805/2004, cuando la resolución que pretende ejecutarse ha sido impugnada en el Estado miembro de origen o cuando se ha solicitado la rectificación o la revocación del certificado de título ejecutivo europeo ante el órgano jurisdiccional de origen, para abordar si cabe la adopción simultánea de varias de esas medidas. Tras hacer referencia a su jurisprudencia previa, según la cual el uso de la conjunción “o bien” entre las tres medidas susceptibles de ser adoptadas no resulta determinante de su carácter alternativo, pues el sentido alternativo o acumulativo de ese término varía según las versiones lingüísticas, la sentencia constata que por su contenido la medida de la letra c) –suspender la ejecución– es incompatible con las otras dos, de modo que no cabe su adopción simultánea (aps. 50 y 51 de la sentencia). Por el contrario, las medidas previstas en las letras a) y b) no son mutuamente excluyentes, de modo que es posible su aplicación simultánea, subordinando la aplicación de medidas de ejecución provisionales a la constitución de una garantía por el acreedor (aps. 52 y 53 y punto 2 del fallo).

6. Por último, el Tribunal constata que cuando se ha suspendido la ejecutividad de una resolución y el correspondiente certificado del Estado miembro de origen ha sido presentado ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, éste se encuentra obligado a suspender el procedimiento de ejecución. Se trata de una respuesta coherente con la extensión de efectos como presupuesto del reconocimiento y ejecución de resoluciones más allá del Estado de origen, lo que se corresponde con que una obligación semejante aparezca expresamente prevista en el art. 44.2º RBLbis (lo que tiene su reflejo en el segundo inciso del ap. 4.3ª de la disp. final vigésima quinta de la LEC). La ausencia de una previsión específica al respecto en el Reglamento 805/2004 (al igual que en la disp. final vigésima primera de la LEC) no es obstáculo para que el Tribunal de Justicia constate (aps. 58 a 63 de la sentencia) que la obligación de suspensión deriva de lo dispuesto en sus arts. 6.1.a), 6.2º y 11; en concreto, este último, en coherencia con la mencionada extensión de efectos como presupuesto de la eficacia transfronteriza de las resoluciones, establece que el título ejecutivo europeo “surtirá efecto únicamente dentro de los límites de la fuerza ejecutiva de la resolución”.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

22. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES QUE REMITE AL PAÍS EN EL QUE SE HA COMETIDO LA INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL (STJ 5ª 3 marzo 2022, as. C-421/20: *Acacia*)

23. COMPORTAMIENTO DE LA PERSONA QUE REIVINDICA LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR QUE PUEDE CAUSAR LA IMPRESIÓN A LA OTRA PARTE CONTRATANTE DE QUE ACTÚA CON FINES PROFESIONALES (STJ 9ª 9 marzo. 2023, as C-177/22: *JA y Wurth Automotive GmbH*)

Observaciones: 1. La normativa de protección de los consumidores en la contratación va asociada a significativos costes empresariales, tanto desde la perspectiva meramente interna –piénsese, por ejemplo, en los costes asociados a las garantías adicionales o a las posibilidades de desistimiento de que se benefician imperativamente los consumidores–, como en el plano internacional. Reflejo de estos últimos son los costes asociados a la imposibilidad de que el empresario concentre los litigios derivados de sus contratos de comercialización de bienes a

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

consumidores ante los tribunales que designe (normalmente, los de su establecimiento), en particular, como consecuencia de que el art. 19 RBlbis restringe en gran medida esa posibilidad, a diferencia de lo que sucede en la contratación entre empresas (art. 25 RBlbis). La existencia de tales costes asociados específicamente a la contratación con consumidores es uno de los factores que explica que los empresarios en ocasiones ofrezcan sus productos a precios (y otras condiciones) diferentes a sus clientes consumidores, por una parte, y a quienes no lo son, por otra, de modo que con frecuencia a los primeros se les exigen precios más elevados.

2. En este contexto, presenta singular relevancia el tratamiento de las situaciones en las que la calificación como consumidor resulta controvertida con respecto a un cliente cuyo comportamiento pudo causar la impresión a la otra parte de que actuaba con fines profesionales, lo que pudo contribuir a que se beneficiara de un mejor precio, pero posteriormente invoca su pretendida condición de consumidor, por ejemplo, para demandar ante los tribunales de su propio domicilio, con base en el art. 18 RBlbis, al empresario con el que contrató y que está domiciliado en otro Estado. En esta sentencia el Tribunal de Justicia proporciona precisiones adicionales acerca de la calificación como consumidor a los efectos del régimen de protección de los arts. 17 a 19 RBlbis, en particular, con respecto al tratamiento de las situaciones en las que con su comportamiento el pretendido consumidor ha podido causar la impresión a la otra parte de que actuaba con fines profesionales.

3. Para exponer el contexto de esta resolución cabe señalar que el litigio principal va referido a la demanda interpuesta ante los tribunales de su propio domicilio (Austria) con base en los arts. 17 y 18 RBlbis por la compradora –que sostiene ser consumidora– de un vehículo frente la empresa domiciliada en Alemania vendedora del vehículo. La pareja de hecho de la demandante es concesionario de automóviles y director de una plataforma *on line* de venta de automóviles, en cuya página de inicio figuraba la demandante como diseñadora gráfica y de páginas web. La pareja de hecho se encargó de la búsqueda del vehículo para la demandante y de ponerse en contacto con la demandada, enviándole “un correo electrónico, desde su dirección profesional, en el que formulaba una oferta de precio de compra, gravada según el régimen del margen de beneficio... Se mencionaba que el contrato de compraventa debía celebrarse en nombre de la demandante” (ap. 6 de la sentencia). La demandada “remitió a la pareja de hecho, por correo electrónico, el contrato de compraventa que identificaba como comprador a la “empresa JA” y recogía un epígrafe titulado “Acuerdos especiales: operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago [...]” (ap. 7), siendo firmado por la demandada sin formular objeciones a esas menciones. El contrato no incluía la cláusula de garantía ni ciertas menciones que el vendedor solo emplea en los contratos con particulares (ap. 9).

4. En primer lugar, el Tribunal de Justicia, a partir de su jurisprudencia previa, constata que lo determinante para la calificación como consumidor a los efectos del art. 17.1º.c) RBlbis es la finalidad privada y, por lo tanto, ajena a su actividad profesional –con independencia de que esta actividad sea por cuenta propia o por cuenta ajena–, perseguida con la celebración del contrato por la persona de que se trate (aps. 26 y 28).

5. Con respecto a la relevancia a los efectos de su calificación como consumidor de la impresión que el comportamiento de la persona en cuestión causó a su cocontratante, el Tribunal confirma, como punto de partida, la doctrina que estableció en la sentencia *Gruber*, C 464/01, EU:C:2005:32. De hecho, el ap. 31 de la nueva sentencia debe interpretarse en conexión con los apartados 48 y 49 de la sentencia *Gruber*, a los que se remite expresamente. Si bien en la nueva sentencia se afirma que si los elementos de prueba que de manera objetiva resulten de los autos “son suficientes para que el órgano jurisdiccional pueda deducir de ellos la finalidad del contrato, resultará vano examinar si el cocontratante podía o no conocer el uso profesional o privado” (ap. 31 de la nueva sentencia), su remisión a la sentencia *Gruber* permite apreciar que esa afirmación solo opera en la medida en que dichos elementos sean suficientes para “deducir que el contrato satisfacía en gran medida necesidades relacionadas con la actividad profesional de la persona

interesada” (ap. 49 –y también 50– de la sentencia *Gruber*), pues esta circunstancia basta para excluir por completo su calificación como consumidor en tales casos.

6. Fuera de esas situaciones, sí resulta preciso “comprobar si, por su propio comportamiento respecto de su cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales, de modo que el cocontratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación en cuestión” (ap. 32 de la nueva sentencia con remisión al ap. 51 de la sentencia *Gruber*). Además, se admite que quien contrata únicamente para una finalidad privada pueda de hecho renunciar a la aplicación del régimen de protección específica de los arts. 17 a 19 RBlbis, en la medida en que dé la impresión a su cocontratante de buena fe de que actúa con fines profesionales, de modo que el cocontratante pueda ignorar legítimamente la finalidad privada del contrato (aps. 32 a 34 de la nueva sentencia con ulteriores remisiones a la sentencia *Gruber*).

7. Aunque el Tribunal no aborda la cuestión desde esta perspectiva, su criterio de que la impresión que el supuesto consumidor causa a la contraparte cuando aparenta actuar con fines profesionales es relevante para eventualmente excluir su calificación como consumidor, resulta coherente con la circunstancia de que, por sus menores costes para los comerciantes, los contratos a empresas pueden incluir condiciones –por ejemplo, de precio– más beneficiosas que los contratos de consumo. El criterio adoptado por el Tribunal de Justicia se corresponde con que no debe beneficiarse de las ventajas propias de la condición de consumidor –como la posibilidad de demandar ante los tribunales de su propio domicilio con base en los arts. 17 y 18 RBlbis– quien con su actuación ha determinado que fuera tratado como un empresario o profesional por la otra parte, beneficiándose eventualmente de esa condición, por ejemplo, al pagar un precio por el producto menor del que se hubiera exigido a un consumidor.

8. La sentencia reseñada establece que de cara a valorar si con su comportamiento el supuesto consumidor causó la impresión de que actuaba con fines profesionales, el órgano competente “debe atender a todas las circunstancias que concurrieron al celebrarse el contrato” (ap. 37). En particular, aunque la falta de reacción por parte del supuesto consumidor a estipulaciones contractuales que lo designan como empresario no es en sí misma determinante a esos efectos, el Tribunal de Justicia establece que, corroborada por otros datos, puede constituir un indicio de que su comportamiento ha podido causar en la contraparte la impresión de que actuaba con fines profesionales (ap. 38). Ahora bien, el valor probatorio de las diversas informaciones o circunstancias relevantes para determinar la condición de consumidor a esos efectos no viene determinado por el Derecho de la Unión sino que debe establecerse conforme al Derecho nacional (ap. 45), lo que es coherente con el alcance de la *lex fori* como ley rectora del proceso y la ausencia de normas armonizadas al respecto en el seno de la Unión. La sentencia aclara que ese criterio resulta de aplicación también para determinar si ha de concederse el beneficio de la duda a la persona que invoca la condición de “consumidor”, pues debe apreciarse según las normas de Derecho nacional (ap. 48).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

Observaciones: En la sentencia objeto de este comentario se analiza un contrato de consumo con doble propósito en el que la demandante, persona física, en el momento de su celebración actúa de tal modo que crea en la otra parte la impresión de que es una profesional, pero posteriormente alega su condición de consumidora. El TJUE sostiene que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda ha de valorar las circunstancias particulares del caso, las pruebas presentadas por las partes y el comportamiento de éstos para poder decidir, a los

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

efectos de la competencia judicial internacional, si el contrato se puede calificar como un contrato celebrado con consumidores.

2. Las cuestiones prejudiciales que el TJUE resuelve se plantean en el marco de un contrato celebrado entre JA, nacional austriaca, parte compradora en el contrato y demandante en el litigio, y Wurth Automotive GmbH, sociedad alemana que es la vendedora y la parte demandada. A través de su correo electrónico profesional JA negocia las condiciones de compra de un vehículo que vende la empresa Wurth Automotive GmbH. El 11 de marzo 2019 la demandante envía un correo electrónico desde su cuenta profesional en el que hace una oferta de precio de compra de un automóvil con matrícula alemana que propone pagar en efectivo y la especificación de que en el contrato como parte compradora constará si nombre. La empresa alemana envía el contrato al mismo correo electrónico en el que consta como parte compradora la “empresa JA” y que contiene, entre otros, un epígrafe titulado “Acuerdos especiales: operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago”. La demandante firma el contrato sin hacer objeción alguna. Su pareja de hecho lo remite a la vendedora a través de su correo electrónico profesional y recoge el automóvil adquirido dos días más tarde, el 13 de marzo 2019. El automóvil se registra en Austria a nombre de la demandante. En la factura que Wurth Automotive GmbH emite se especifica que no procede a la mención del impuesto de valor añadido (IVA), previsto en la ley alemana. Unas semanas más tarde JA presenta una demanda contra la vendedora exigiendo el pago de 3 257,52 euros en concepto de derechos de garantía ante el Tribunal de Distrito de Salzburgo basando su competencia judicial internacional al art. 17 ap. 1, letra c) Reglamento 1215/2012. La empresa alemana declina su competencia judicial internacional alegando que la demandante celebró en contrato en el marco de su actividad profesional, tal y como se desprende de las cláusulas mencionadas.

3. El Tribunal de Distrito de Salzburgo (*Bezirksgericht Salzburg*) declara que no tiene competencia judicial internacional para conocer del litigio principal al considerar que la demandante adquirió el vehículo en el marco de su actividad profesional. Contra esta decisión JA interpone un recurso ante el Tribunal Regional de Salzburgo que decide suspender el procedimiento y pregunta al TJUE si las circunstancias especiales del caso permiten calificar la conducta de la demandante como profesional o sirven como prueba de su condición de consumidora a efectos de los arts. 17 y 18 Reglamento 1215/2012 tomando en consideración las circunstancias del caso. En este sentido se pregunta si se ha de tomar en cuenta el hecho de que en el contrato de compraventa se designaba a la demandante como empresa “JA” y que se incluía un epígrafe “Acuerdos especiales”, en el que se hablaba de “Operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago” al que la compradora no se opuso y no invocó en el momento de la firma su condición de consumidora.

4. La protección especial prevista en la Sección IV RBIbis es una excepción de la regla general del domicilio del demandado prevista en el art. 4 y de las reglas especiales previstas en el art. 7 RBIbis. Es por eso que se aplica sólo en los casos específicos y siempre que se cumplen las condiciones previstas en los art. 17–19 RBIbis. Hasta el momento el TJUE en su jurisprudencia había insistido en el análisis objetivo del contrato prestando especial atención al uso que la persona física daba al producto adquirido o al servicio contratado. Si tal contratación se había hecho para propósitos personales, la persona cumplía con los requisitos de la Sección IV y se podía calificar como consumidor. Este mismo criterio se aplica, asimismo, para los contratos con doble propósito, como ocurría en los asuntos *Gruber*, o *Maximilian Schrems* contra Facebook (SS TJ 20 enero 2005, as. C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG; 25 enero 2018, as. C-498/16, Schrems Facebook Ireland Limited). En el asunto *Gruber* el Tribunal de Justicia estableció que el uso profesional ha de ser “insignificante”, mientras que en el asunto *Schrems* determinó que la persona física se puede considerar consumidor solamente si el uso es “esencialmente no profesional”. Por lo tanto, de manera limitada se pueden incluir en el concepto de consumidor algunas pocas actividades profesionales que se podrían calificar como “insignificantes” o

“esencialmente no profesionales” (A.-L. Calvo Caravaca, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law”, *CDT*, Vvl. 12, Nº1, pp. 86–96, p.95; B. Añoberos Terradas, “Article 6: Consumer contracts”, en *Regulation (EC) 593/2008 (Rome I): Commentaries*, Private International Law series, Edward Elgar, 2023). Esta interpretación más amplia del concepto de consumidor se encuentra también recogida en el asunto *Wurth Automotive* en el que el TJUE estima que en los contratos con doble propósito, en parte profesional y en parte privado, estos elementos se han de analizar en el contexto global del contrato e identificar, de acuerdo con las pruebas aportadas, cuál de los dos prevalece.

5. En este caso, no obstante, se introduce un nuevo elemento de análisis, un elemento subjetivo como es la actitud de la persona física y la impresión de profesionalidad que ésta crea en la otra parte contratante. En sus alegaciones la parte demandada sostiene que la compradora en el proceso de negociación y en la posterior celebración del contrato actuaba como profesional al constar en la página web como diseñadora gráfica o al hacer servir una cuenta de correo electrónico profesional. Por otro lado, las partes firmaron un contrato que contenía cláusulas típicas de los contratos celebrados entre profesionales, con condiciones especial y más ventajosas a las que la demandante no se opuso. El TJUE considera que la buena administración de la justicia obliga a tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto las objetivas, que serían las pruebas documentales, como las subjetivas, que en este supuesto viene a ser el comportamiento de la parte compradora. El órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda debe determinar la finalidad con la que la persona que invoca la condición de consumidor ha celebrado el contrato. Si el contrato tiene doble propósito, ha de esclarecer si con él la demandante pretende realizar predominantemente actividades profesionales o cubrir necesidades privadas, con independencia de que esta actividad sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Para eso, el tribunal nacional ha de basar su decisión en las pruebas aportadas por ambas partes que le permitan deducir de manera objetiva si el producto o el servicio se contrataron con una finalidad personal o predominantemente profesional.

6. Si las pruebas aportadas, no obstante, no permiten al tribunal esclarecer tal propósito, se ha de comprobar si con su comportamiento la persona física que alega la condición de consumidor pudo haber creado la impresión en la otra parte contratante de que actuaba con fines profesionales. Este criterio subjetivo, dadas las circunstancias particulares del caso, ha de ser valorado positivamente, puesto que permite al órgano jurisdiccional apreciar la relación contractual en su totalidad tomando en consideración tanto la intención con la que se ha celebrado el contrato, como la actitud de las partes y calificar de manera posiblemente más objetiva el contrato como B2C (*business to consumer*) o como B2B (*business to business*).

7. Resulta razonable en este sentido excluir a la demandante de la protección especial prevista en la Sección IV RIBis que queda reservada para aquellas personas que contratan el producto o el servicio para uso predominantemente particular y, además, su cocontratante es consciente de ello. JA en el momento de la contratación actuaba como profesional lo que llevó a crear la impresión en su contraparte de que intervenía en calidad de tal y, además, se benefició de condiciones especiales, típicas de los contratos celebrados entre profesionales, como pueden ser un precio de venta más reducido o el desgravar del IVA. La percepción que tuvo el vendedor en cuanto al rol que desempeñaba su contraparte, a saber, como un profesional que adquirió el producto para un uso comprendido en su actividad profesional, es la que determinó su comportamiento contractual en sentido tanto jurídico como económico, razón por la cual incluyó en el contrato un epígrafe específico titulado “Acuerdos especial”, previsto sólo para los contratos B2B. Sin esta impresión de profesionalidad, las condiciones contractuales habrían sido distintas, es decir, las típicas para los contratos celebrados con consumidores, entre los cuales, un precio diferente del pactado y ausencia de ventajas fiscales. Concluye, por lo tanto, el TJUE que no puede beneficiarse de la protección especial en materia de consumidores prevista en los arts. 17–19 RIBis y buscar defensa ante los tribunales de su propio domicilio quién ha actuado como

profesional e incluso quién ha creado la impresión en su contraparte de buena fe que contrata como tal.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

24. NOTIFICACIÓN DE FORMA REGULAR DE UN REQUERIMIENTO DE PAGO SEGUIDA DE UNA ENTREGA DE FORMA IRREGULAR DE UN ESCRITO DE DEMANDA DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DERECHO SUIZO (STJ 8ª 30 marzo 2023, as. C-343/22: *PY y VB*)

Observaciones: 1. En este asunto, un particular reclamaba a otro una deuda derivada de un contrato de arrendamiento. Aplicando el Derecho suizo, se notificó al deudor un requerimiento de pago, que al no ser atendido, dio pie seguidamente a una demanda reclamando dicha deuda, sin pedir en ésta la anulación de la oposición al requerimiento de pago. Esta demanda se intentó notificar al deudor en su domicilio en Alemania, pero el deudor rehusó recibir la notificación por no estar la demanda –redactada en francés– traducida al alemán. El procedimiento finaliza en Suiza con sentencia favorable al demandante y notificada por edicto al deudor. Posteriormente se inicia un procedimiento en Alemania para la ejecución de la sentencia del Tribunal Suizo, de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Lugano II, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Inicialmente se estima la solicitud de ejecución, si bien el deudor recurre hasta llegar al Tribunal Supremo Alemán, órgano que acaba por plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial, sobre si una demanda presentada con posterioridad al requerimiento de pago, sin solicitar la enervación de la oposición a dicho requerimiento, constituye una cédula de emplazamiento a los efectos del art. 34.2º Convenio de Lugano II.

2. En este punto entra en consideración el concepto de “unidad funcional” de procedimientos. Si se considera que existe dicha unidad entre el requerimiento de pago inicial (digamos, el procedimiento formalmente regular), y la demanda posterior (el procedimiento formalmente irregular, por no solicitarse en él la enervación de la oposición al requerimiento), valdría aquél como cédula de emplazamiento. Mientras que si, por el contrario, ambos son procedimientos autónomos e independientes, no cabría considerar unidad funcional, de modo que de un lado el requerimiento de pago inicial no valdría como cédula de emplazamiento, mientras que, de otro lado, al adolecer la demanda posterior de defectos formales que causan indefensión en la parte demandada, tampoco valdría como cédula de emplazamiento. La conclusión del TJUE es que efectivamente, el procedimiento de expedición del requerimiento de pago ante la Autoridad de Cobros Forzosos es distinto del procedimiento judicial aplicable a una acción de reclamación de la deuda.

3. De cara a considerar o no la existencia de una unidad funcional entre los procedimientos, conviene subrayar que, si se considera la demanda aisladamente, el defecto de traducción puede situar a la parte demandada en una situación tal que no le sea posible defenderse, porque no ha tenido ocasión de conocer el fondo de la petición dirigida contra ella. Sin embargo, si esa demanda se enlaza con una petición anterior para reclamar por los mismos hechos, puede considerarse que, en su conjunto, los actos procesales (el requerimiento de pago primero, la demanda después), constituyen una cédula de emplazamiento válida, pues se sitúa a la parte demandada en posición tal que puede ejercer oportunamente su derecho de defensa. A esta conexión entre los procedimientos articulados por el demandante contra el demandado hace referencia el TJUE cuando señala la necesidad de que exista una unidad funcional entre dos procedimientos sucesivos (en este caso, entre el requerimiento de pago y la demanda ordinaria), para considerar que el primero sirve como cédula de emplazamiento a los efectos de aplicación del art. 34.2º Convenio de Lugano II. El argumento del TJUE para concluir que no existe tal unidad funcional

* Profesora Lectora de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

entre estos dos procedimientos es que, “en la medida en que la anulación de la oposición no fue solicitada en el procedimiento civil de reclamación, procede considerar [...] que no existe unidad funcional entre el procedimiento de cobro forzoso y la acción de reclamación por vía judicial, unidad que permitiría considerar el requerimiento de pago como cédula de emplazamiento” (*vid. ap. 39 STJUE*, as. C-343/22). Llama la atención que el TJUE no define de forma general cuándo podemos considerar que entre dos procedimientos se da una “unidad funcional”, si bien podemos entender por sus conclusiones que dicha unidad funcional se produce cuando ambos procedimientos están ligados por peticiones procesales entrelazadas.

4. Si se admite que la acción de reclamación por vía judicial tiene el mismo objeto que el trámite del requerimiento de pago, a saber, el cobro de la misma deuda, tal vez quepa un análisis crítico de la decisión del TJUE, en el sentido que la falta de unidad funcional no impide que haya una unidad material entre ambos procedimientos, claramente reflejada tanto por la existencia de las mismas partes procesales como por la finalidad última de la demanda: el cobro de la misma deuda arrendaticia que ya se reclamó con el requerimiento de pago inicial. Esta aproximación permite aplicar de forma ponderada la protección de los bienes jurídicos en juego, como son por un lado la debida tutela judicial de quien pretende el cobro de su deuda, y por otro lado el legítimo derecho de defensa del demandado, que ha actuado frente al inicial requerimiento de pago y que pudiendo haberse opuesto en los mismos términos a la demanda, no lo hizo cuando tuvo conocimiento de ésta. De hecho, el propio TJUE ha hecho referencia a esta identidad de partes para considerar el conjunto de actos como cédula de emplazamiento en su Sentencia 14 octubre 2004 (Asunto *Mærsk Olie & Gas A/S y Firma M. de Haan en W. de Boer*), en donde recuerda que la finalidad de la norma sobre la denegación de reconocimiento de la resolución extranjera tiene como finalidad “garantizar que una resolución no sea reconocida o ejecutada, conforme al Convenio, si el demandado no ha tenido la posibilidad de defenderse ante el juez de origen” (*vid. ap. 55*), y concluye que debe considerarse como documento equivalente un auto dictado tras un procedimiento unilateral se produce una impugnación del mismo que pasa a ser objeto de controversia en un litigio principal, siempre y cuando la demanda haya sido entregada o notificada al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para articular su defensa.

5. Cuestión añadida es la indefensión del demandado rebelde ocasionada por la irregularidad del segundo procedimiento; de ahí que se exija esa unidad funcional para poder apreciar el segundo procedimiento como cédula de emplazamiento válida. La dicción del art. 34.2º del Convenio de Lugano II aborda el elemento meramente formal, a saber, que el acto procesal se lleve a cabo “de forma regular”, pero también se abre la interpretación del precepto en su conjunto que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pone en el centro de la ecuación el requisito de que dicho emplazamiento habilite al demandado para estar en condiciones de defenderse. En otras palabras, lo que prima en el momento procesal del emplazamiento es que el demandado pueda tener conocimiento de que la demandada se dirige contra él y que, en función de ese conocimiento, pueda articular oportunamente su defensa. Sin embargo, la exégesis del 34.2º no se queda ahí, pues el último inciso hace referencia a la posibilidad de que el demandado, aun no habiendo sido emplazado regularmente, haya tenido oportunidad efectiva de articular su defensa, salvedad del art. 34.2º que viene a introducir un elemento de efectividad material o posibilidad real de ejercicio del derecho de defensa. Sobre este punto tenemos una dilatada jurisprudencia sobre la necesidad de constatar la indefensión material para que se considere vulnerada la tutela judicial efectiva, que es en definitiva lo que pretende el art. 34.2º del Convenio de Lugano II (así como su equivalente art. 45.1º. b) Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis).

6. No obstante, es cierto que en el caso que nos ocupa la falta mera de notificación de la cédula de emplazamiento al demandado “con tiempo suficiente y de forma tal que pudiese defenderse”, sería causa suficiente para denegar el reconocimiento de la resolución cuya ejecución se pretende, ya que el art. III del Protocolo 1º al Convenio Lugano II permite a Suiza omitir la aplicación del último inciso del art. 34.2º del mismo Convenio. Ahora bien, la apreciación de la

salvedad no obsta para que la interpretación de la norma deje la puerta abierta a la consideración de la indefensión material. Consideramos que una interpretación de la exigencia de una notificación regular excesivamente formalista puede fomentar comportamientos de abuso de derecho, que en definitiva quebrantan el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental también en juego en estos casos. Como recuerda en este sentido el TJUE en su sentencia de 2 abril 2009 (Asunto C-394/07), “no cabe concebir los derechos fundamentales, como es el caso del respeto del derecho de defensa, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. No obstante, estas últimas deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados” (*vid. ap. 28*).

7. Si bien la argumentación del Tribunal de Justicia lleva a pensar que la falta de unidad funcional entre los dos procedimientos –seguidos conforme al Derecho suizo–, conlleva que la demanda ulterior no se pueda considerar como cédula de emplazamiento a los efectos del art. 34.2º Convenio de Lugano II, en el último momento parece realizar un quiebro de cintura para admitir lo contrario: “Habida cuenta de todo lo anterior, [...] el art. 34, punto 2, del Convenio de Lugano II debe interpretarse en el sentido de que el escrito de demanda de una acción de reclamación de Derecho suizo presentado con posterioridad a la emisión de un requerimiento de pago suizo, sin solicitar la anulación de la oposición a dicho requerimiento de pago, constituye una cédula de emplazamiento, en el sentido de la mencionada disposición” (*vid. ap. 40*). Quizás podría haber introducido aquí el Tribunal el concepto del “unidad material” al que hemos aducido, para entender que efectivamente ambos procedimientos están intrínsecamente relacionados, de forma tal que la debida notificación del primero, en relación con el segundo, constituyen cédula de emplazamiento, siendo ésta la cédula de emplazamiento entendida como uno o varios “actos” procesales en el sentido indicado por la sentencia del TJUE en el citado asunto *Hengst Import* (C-474/93). La decisión del TJUE aproxima el funcionamiento del Convenio de Lugano II al sistema de Bruselas, en el sentido de que efectivamente es la constatación de una indefensión material la que habilita al órgano jurisdiccional requerido para denegar la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera, y ello a pesar de la aplicación del artículo III del Protocolo 1º al Convenio Lugano II. La convergencia en la interpretación y, porque no, en la aplicación de los instrumentos convencionales como el Convenio de Lugano II y el Reglamento Bruselas I bis es un acicate para reforzar el principio de confianza mutua entre la Unión y los Estados como Suiza, que mantienen relaciones convencionales con aquélla y cuyos ciudadanos, en definitiva, se ven favorecidos por la existencia de un sistema de cooperación judicial que busca dar cumplimiento a los principios de eficacia y protección de derechos fundamentales en el marco continental.

8. Quizás el TJUE deja en el aire uno de los puntos principales, como puede ser el concepto mismo de la cédula de emplazamiento, ya que, basándose en la Sentencia sobre el asunto *Hengst Import*, conceptúa la cédula como un documento o conjunto de documentos, para concluir en el asunto PT y VB que un requerimiento de pago impugnado, y una demanda posterior que no solicita la enervación de la oposición al mismo, no tienen unidad funcional, si bien acaba resolviendo que la demanda debe ser considerada como cédula de emplazamiento a los efectos de la interpretación del art. 34.2º Convenio de Lugano. Puede que en este punto hubiera sido más lógico realizar una interpretación realmente acorde con la citada Sentencia *Hengst Import*, que alude a la cédula de emplazamiento, no en el sentido de designar el documento o documentos que se entregan al demandado y que le posibilitan articular su defensa, sino como el acto o los actos cuya notificación regular al demandado le coloca en condiciones de invocar sus derechos.

Jorge PEDEMONTE MARINO *

* Universitat Autònoma de Barcelona.

25. SOBRE EL DEFICIENTE RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RENUNCIA A LA HERENCIA EN EL REGLAMENTO (UE) 650/2012. (STJ 10^a 30 marzo 2023, as. C-651/21: *M. Ya. M.*)

Observaciones: 1. En el asunto C-651/21 el TJUE se pronuncia de nuevo sobre la interpretación del régimen específico de renuncia a la herencia recogido en el Reglamento de Sucesiones. En concreto, el Tribunal debe interpretar si, en virtud del art. 13 Reglamento, es posible que otro heredero, distinto del que ha presentado una declaración de renuncia ante las autoridades de su propia residencia habitual, puede posteriormente solicitar a las autoridades competentes para conocer de la sucesión la inscripción de dicha declaración. En el supuesto de hecho, un heredero, el nieto de la causante, solicita ante el tribunal remitente, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía, la inscripción de una declaración de renuncia a la herencia hecha por otro heredero, el cónyuge de la causante. Dicho heredero había realizado la declaración de renuncia a la herencia ante los tribunales de su propia residencia habitual, los griegos, en virtud del foro alternativo que recoge para ello el art. 13 Reglamento. El tribunal remitente plantea dos cuestiones prejudiciales: en primer lugar, si el art. 13 Reglamento prohíbe implícitamente la posibilidad de que una declaración de renuncia a la herencia inscrita en el Estado miembro de la residencia habitual del heredero renunciante sea inscrita posteriormente en el tribunal del Estado miembro competente para conocer de la sucesión. En segundo lugar, si un heredero distinto del renunciante puede solicitar dicha inscripción ante el tribunal competente para conocer de la sucesión. El TJUE contesta conjuntamente a ambas preguntas en el sentido de que el art. 13 del Reglamento no se opone a que una vez que el heredero haya inscrito ante el tribunal del Estado miembro de su residencia habitual una declaración relativa a la aceptación o renuncia de la herencia de un causante cuya última residencia habitual estaba en otro Estado miembro, otro heredero solicite ulteriormente la inscripción de dicha declaración ante el tribunal competente de este Estado miembro.

2. La cuestión de mayor interés se refiere a la comunicación de las declaraciones de aceptación o renuncia a la herencia al tribunal competente para conocer de la sucesión. En la sentencia se evidencia la insuficiencia de la regulación del Reglamento al respecto. Mientras el art. 13 guarda silencio sobre la necesidad o no necesidad de comunicar al tribunal competente aquellas declaraciones de aceptación o renuncia a la herencia que se pudieran haber realizado ante las autoridades de otro Estado miembro, al amparo del art. 13 del Reglamento, el considerando 32 recoge una inespecífica afirmación en virtud de la cual las personas que realizan esa declaración “deben informar ellas mismas” dentro del plazo establecido para ello por la ley sucesoria. En este contexto, el TJUE matiza su propia jurisprudencia del asunto *T.N. y N.N.*, en la que había declarado que corresponde a la persona que realiza la declaración de renuncia llevar a cabo las actuaciones necesarias para informar al tribunal competente para conocer de la sucesión. La matización que realiza al respecto en la actual sentencia se refiere a que según el Tribunal las normas del Reglamento no imponen obligación alguna al declarante y que, por tanto, no puede considerarse que un heredero que renuncia a la herencia tenga la obligación él mismo de informar al tribunal competente. No obstante, el TJUE no aclara cuáles son las consecuencias en caso de falta de comunicación al tribunal competente.

El Reglamento tampoco hace referencia a la forma o el procedimiento a seguir para canalizar la comunicación de la existencia de una declaración de renuncia o aceptación de la herencia. El TJUE opta por una interpretación amplia según la cual “carece de pertinencia la forma” a través de la cual se pone en conocimiento del tribunal competente la existencia de tal declaración. Sobre este particular, se echa de menos una construcción más cuidadosa por parte del Tribunal.

3. En la segunda cuestión prejudicial se plantea la duda de si la comunicación de la declaración de aceptación o renuncia de la herencia la debe realizar necesariamente la persona que realiza la declaración o si puede realizarlo también cualquier tipo de heredero, como se plantea en el supuesto de hecho. De nuevo, el TJUE no ve inconveniente en que la comunicación se realice a través de otro heredero, puesto que, según el Tribunal, lo importante no es quién esté legitimado,

sino que la información llegue al tribunal competente para conocer de la sucesión. A este respecto, el Tribunal indica también que la comunicación de la existencia de una declaración de aceptación o renuncia realizada por otro heredero no supone una intervención en nombre de dicho heredero, sino una mera notificación. No aclara, sin embargo, el TJUE si dicha comunicación puede realizarse también por personas distintas a los herederos como, por ejemplo, legatarios, administradores de la herencia, albaceas, la propia autoridad que recibió la declaración en cuestión o incluso otros interesados en la herencia, como pueden ser los acreedores de quienes hayan aceptado o renunciado a la herencia.

4. El mayor interés de esta sentencia radica en que, de nuevo, se deja patente la insuficiencia del régimen jurídico relativo a la aceptación, renuncia o limitación de la responsabilidad de la sucesión, concretamente en sede de competencia judicial internacional. La normativa es inconsistente desde el momento en el que mientras permite al heredero renunciar a la herencia con una declaración ante los tribunales de su propia residencia habitual con el fin de facilitarle la gestión de los trámites, parece que se le impone la obligación de informar al tribunal competente para conocer de la sucesión de la realización de tal declaración. Tal postura implica dejar vacío de contenido el art. 13 del Reglamento, pues si su razón de ser es facilitar la vida de los herederos que residen habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente para conocer de la sucesión, es ilógico que seguidamente se le exija ponerse en contacto con el tribunal competente para informarle sobre dicha declaración. Por otro lado, el hecho de que el procedimiento para canalizar dicha comunicación no esté previsto en la normativa genera una gran inseguridad jurídica, pues surgen dudas en torno a cómo se debe realizar esa comunicación, por quién, cuáles son las consecuencias de la falta de comunicación al tribunal competente de la existencia de tal declaración. El TJUE soluciona alguna de estas cuestiones basando su actuación en una interpretación teleológica del Reglamento en general y del régimen específico del art. 13, en particular. No obstante, bajo este contexto normativo, se echa de menos una construcción más matizada de las respuestas a las cuestiones que se le plantean al Tribunal. Fuera como fuere, esta práctica jurisprudencial nos sirve como foco para identificar una de las cuestiones que, en el caso de revisarse el Reglamento, tendría que ser mejorada, posiblemente a través de la previsión de un cierto mecanismo de cooperación entre autoridades, a través del cual el tribunal que recibe la declaración sobre la herencia tendría que comunicar la misma al tribunal competente. Solo por esta vía se podría garantizar el buen funcionamiento del foro alternativo recogido en el art. 13 y, con ello, dar verdadero cumplimiento al objetivo de facilitar las gestiones a los herederos que residen habitualmente en Estados miembros distintos a aquel donde se sustancia la sucesión.

[Vid. también I. Rodríguez-Uría Suárez, "De nuevo sobre el régimen específico de renuncia a la herencia en el Reglamento (UE) 650/2012. (Comentario a la STJUE de 30 marzo 2023, Asunto C-651/21)", *La Ley: Unión Europea*, nº 120, diciembre 2023]

Isabel RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ*

26. NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO QUE PREVÉ LA OBLIGACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DEL REAGRUPANTE DE PRESENTAR PERSONALMENTE LA SOLICITUD ANTE LA OFICINA DIPLOMÁTICA COMPETENTE DE DICHO ESTADO MIEMBRO (STJ 3ª 18 abril 2023: as. C-1/23/PPU)

27. RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE CONDENA A UN DEUDOR AL PAGO DE UNA MULTA COERCITIVA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE CESE (STJ 2ª 20 abril 2023, as. C 291/21: *Starkinvest SRL*)

* 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.

28. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MIEMBRO EN CUYO TERRITORIO SE HUBIERE COMETIDO O PUDIERE COMETERSE LA VIOLACIÓN DE UNA MARCA (STJ 5ª 27 de abril 2023, as. C 104/22: *Länneren*)

29. INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE CAUSADO POR UNA EMBARCACIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO (STJ 9ª 17 mayo 2023, as. C 264/22: *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions (FGTI) y Victoria Seguros SA*)

Observaciones: 1. La resolución objeto de comentario resulta de gran relevancia porque aborda las consecuencias de la aplicación de la regulación de la subrogación prevista en el Reglamento Roma II en el marco de un supuesto que se plantea con frecuencia en el ámbito de la responsabilidad derivada de las obligaciones no contractuales, el de la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima frente al causante del daño. Además, en este caso, el subrogado no era el asegurador directo del causante del daño sino un Fondo de aseguramiento nacional establecido en el Estado de residencia y nacionalidad de la víctima (Francia) que había hecho frente a la indemnización y que interpuso una acción judicial frente a la compañía aseguradora de la víctima establecida en otro Estado miembro (Portugal).

Sin lugar a dudas, en el fondo de esta cuestión subyace el problema que plantea la falta de armonización de las legislaciones nacionales y la dispersión legislativa que existe en materia de plazos de prescripción cuando se trata de reclamaciones no contractuales. Cuestión que puede originar que la víctima no presente en tiempo y forma la correspondiente demanda. Y, en ese caso, perdería su derecho a reclamar y a obtener una compensación por el perjuicio sufrido; en definitiva, decaería su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del desconocimiento de los plazos previstos en un derecho extranjero.

2. Los hechos que dieron lugar al procedimiento principal pueden resumirse del siguiente modo: el día 4 agosto de 2010, una persona de nacionalidad francesa que se encontraba buceando en la playa de Alvor en Portugal, fue golpeada por la hélice de una embarcación con matrícula portuguesa sufriendo graves lesiones que requirieron su asistencia hospitalaria y la posterior intervención quirúrgica, tanto en Portugal cuanto en Francia. Esta persona presentó una reclamación en Francia ante los tribunales de primera instancia (*Tribunal de Grande Instance de Lyon*) contra el FGTI (Fondo de Garantía de las Víctimas de Actos Terroristas y otras Infraacciones, FGTI – *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions*). Y, en el marco de este procedimiento, ambas partes alcanzaron un acuerdo sobre la indemnización de 229.480,73 euros en concepto de reparación por el daño sufrido por la víctima a consecuencia del accidente. En consecuencia, FGTI efectuó el pago del referido importe a la víctima, finalizando el mismo el 7 abril 2014.

Posteriormente, en el año 2016, el Fondo de garantía FGTI presentó una demanda ante los tribunales de primera instancia portugueses (el Tribunal Marítimo de Lisboa) contra la compañía Victoria Seguros SA, aseguradora del responsable del accidente. En la misma, solicitaba el reembolso de la cantidad que había satisfecho a la víctima del accidente en Francia en concepto de indemnización por los daños sufridos. Sin embargo, el órgano jurisdiccional portugués desestimó la demanda alegando que el derecho del reclamante había prescrito, pues había transcurrido el plazo de tres años, establecido en el derecho portugués, desde que había tenido lugar el accidente. Por su parte, el FGTI apeló la decisión de primera instancia ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal), alegando que el plazo de prescripción no había transcurrido, con base a dos argumentos: el primero, que con arreglo al art. 19 del Reglamento Roma II que regula la subrogación, el plazo de prescripción aplicable no se rige por el derecho portugués sino por el derecho francés. Y, de conformidad con la ley francesa este tipo de acciones prescriben a los diez años a partir de la resolución judicial que se había dictado por los tribunales franceses en el año 2014 (homologando el acuerdo alcanzado entre FGTI y la víctima), por lo que ese plazo no había expirado.

Con carácter subsidiario para el caso de que no fuese admitido el anterior razonamiento, FGTI alegaba que el plazo de prescripción de tres años previsto en el derecho portugués tampoco había expirado, ya que el mismo debía comenzar a partir del último pago efectuado a la víctima en el año 2014, y la demanda ante los tribunales portugueses se había presentado en el año 2016. De este modo, ante las dudas que generaba la interpretación del Reglamento Roma II, el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal) procedió a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para conocer si la ley aplicable a las normas de la prescripción del derecho a indemnización es la del lugar del accidente (ley portuguesa), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4, ap. 1, y 15, letra h), del Reglamento n.º 864/2007, o, en caso de subrogación en la posición del perjudicado, si sería de aplicación la ley del tercero subrogado (ley francesa), con arreglo al art. 19 de dicho Reglamento.

3. La primera reflexión que ha de hacerse en este asunto se refiere a la acción subrogatoria ejercitada por el Fondo de garantía FGTI– respecto a los derechos de un perjudicado –la víctima de nacionalidad francesa que sufrió el accidente en Portugal– frente al deudor –la aseguradora de la embarcación causante del daño, Victoria Seguros SA. Y ha de hacerse a partir de la interpretación de lo dispuesto en el Reglamento Roma II (art. 19).

En este sentido, tal y como el TJUE ya ha señalado en su doctrina, la obligación que tienen las entidades aseguradoras de indemnizar el daño causado a las víctimas deriva del contrato que les vincula al asegurado responsable y por el que se cubre la responsabilidad civil del tomador del seguro. Por lo que tal indemnización tiene su origen en una obligación contractual y la ley aplicable se determinará de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Roma I (STJUE de 21 enero 2016, asunto, C-359/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, párrafo 54). Por lo tanto, resultará irrelevante que el pago se efectúe al tomador del seguro o directamente a la víctima o, como en el supuesto que nos ocupa, a un tercero que se ha subrogado en los derechos del acreedor (la víctima).

De esta manera, la cuestión de una eventual subrogación y las condiciones para su ejercicio de la entidad aseguradora en los derechos de la víctima vendrá regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, es decir, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima. En definitiva, la ley rectora del contrato de seguro de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Roma I. Porque la acción de repetición que puede ejercer una entidad aseguradora tiene su origen en los contratos de seguro y se trata, por tanto, de una obligación contractual. Por consiguiente, en el ámbito del aseguramiento, cuando el tercero pagador sea una compañía aseguradora que satisfaga al acreedor, la ley que regula el contrato de seguro en virtud del cual se ha efectuado el mencionado pago será la que regule la acción subrogatoria de la compañía aseguradora frente al deudor (su asegurado). (STJUE de 21 enero 2016, asunto, C-359/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, párrafo 58)

Empero, el asunto objeto del presente comentario se apartaba del supuesto clásico que el TJUE había interpretado en su decisión *ERGO Insurance*, ya que el fondo de garantía francés FGTI que había compensado a la víctima no mantenía una relación contractual previa con el propietario de la embarcación de matrícula portuguesa que había causado el daño, pues este tenía suscrito un seguro con la compañía Victoria Seguros SA. Sin embargo, al indemnizar a la víctima, FGTI se subrogó en sus derechos y se convirtió en acreedora de una obligación delictual de indemnización de daños y perjuicios frente al causante del daño. Y, en ese caso, podía dirigir la posible acción subrogatoria contra el propietario de la embarcación o su compañía aseguradora, optando por esta última opción.

4. Por otra parte, en su decisión el TJUE delimita la interpretación del concepto de subrogación previsto en el Reglamento Roma II al señalar que éste precisa la ley aplicable a la posible subrogación en los derechos de la víctima, así como a las condiciones del ejercicio de tal subrogación, pero no determina la ley aplicable a la prescripción de la acción que viene regulada por la norma general establecida en el art. 4 Reglamento Roma II. Este razonamiento deriva del sistema de normas comunes establecidas en el capítulo V del Reglamento Roma II que son de

aplicación con posterioridad a la determinación de la ley aplicable a la obligación extracontractual efectuada de conformidad con las normas de conflicto previstas en el mismo (capítulos II, III y IV del Reglamento Roma II).

Pues de no ser así, concluye el TJUE que se quebrantarían los principios de seguridad jurídica, previsibilidad de las resoluciones judiciales y garantía del equilibrio entre los intereses de las víctimas y el responsable del daño que garantiza el Reglamento Roma II (Considerandos 6, 14 y 16). Y esta circunstancia implicaría que la ley aplicable y, por ende, las cuestiones relativas a la prescripción de las acciones, podría variar dependiendo de la existencia o no de una subrogación de un tercero en los derechos de la víctima, y podría afectar a la situación jurídica del deudor, por ejemplo, si la subrogación afectase a la aplicación de las normas de prescripción y estas no fuesen las mismas que hubiese podido oponer frente a la víctima porque la subrogación hubiese implicado un cambio en la ley aplicable al fondo del asunto.

5. La segunda reflexión se refiere a la ley rectora de la obligación extracontractual como norma determinante de los plazos de prescripción en las reclamaciones que surjan entre el deudor original causante del daño y la víctima del accidente. Es bien conocido que el Reglamento Roma II establece normas generales para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito y normas específicas para ciertas obligaciones (art. 4). A su vez, la norma designada por el Reglamento regulará una serie de aspectos que detalla en el apartado referido al ámbito de la ley aplicable (art. 15).

En este sentido, el TJUE recuerda que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión ha de hacerse teniendo en cuenta no solo el tenor literal de la norma sino, igualmente, su contexto y los objetivos perseguidos (STJUE 7 abril 2022, asunto C-333/20, *Berlin Chemie A. Menarini*, EU:C:2022:291, ap. 34; y 20 junio 2022, asunto C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, EU:C:2022:488, ap. 55). Y, de la lectura conjunta de los arts. 4.1º y 15, letra h) del Reglamento Roma II se deduce que la ley aplicable a una obligación extracontractual que, a su vez, determina las normas de prescripción de dicha acción, es la ley del país en el que se produce el daño.

Por consiguiente, al tratarse de un daño derivado de una acción de responsabilidad derivada de una obligación extracontractual, las disposiciones del Reglamento Roma II indican que la ley aplicable para regir esta acción será la del país en el que se produjo el daño, es decir, la portuguesa. Y será esta la ley que rija la acción del perjudicado frente al causante del daño, así como la acción del tercero subrogado en los derechos de la persona perjudicada contra el autor del daño, tal y como señala el TJUE en su decisión. Y, consecuentemente, las normas de prescripción y caducidad –incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los mencionados plazos– con independencia de cuál sea el tribunal competente.

En definitiva, y pese a la diversidad de normas nacionales de prescripción existentes, el Reglamento Roma II (art. 15, letra h), somete expresamente estas normas a la regla general de determinación de la ley aplicable y que ningún otro instrumento del Derecho de la Unión establece requisitos específicos en materia de prescripción de una acción como la que es objeto del litigio principal (STJUE 31 enero 2019, asunto C-149/18, *Da Silva Martins*, ECLI:EU:C:2019:84, párrafo 33).

6. En tercer lugar, y aunque esta cuestión no se planteaba en el asunto objeto de comentario, considero que merece una reflexión específica la posible aplicación del principio de los vínculos manifiestamente más estrechos que FGTI podría haber alegado con el fin de que el tribunal portugués aplicase el derecho francés como *lex causae* y, de este modo, el plazo de prescripción de diez años que prevé la ley francesa frente al de tres años previsto en el derecho portugués. Pues, el Reglamento Roma II (art. 4, ap. 3), prevé la posibilidad de aplicar la ley de otro país diferente al del lugar donde se produce el daño (Portugal) o de la residencia habitual común de la persona perjudicada y el causante del daño (que no se daba en este caso) si del conjunto de

circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país.

En este caso, los vínculos manifiestamente más estrechos del asunto con Francia podrían quedar justificados por la nacionalidad (francesa) de la víctima; el lugar en el que la víctima había recibido parte de su asistencia hospitalaria (Francia); y la nacionalidad (francesa) del fondo de compensación FGTI que había indemnizado a la víctima y se había subrogado en sus derechos.

En cualquier caso, se trata de una cuestión a dilucidar por el tribunal de instancia y si, finalmente, la determinación de la ley aplicable se hiciese vía art. 4.3º (vínculos manifiestamente más estrechos) en lugar del art. 4.1º (lugar donde se produce el daño) del Reglamento Roma II, la ley determinada por el mencionado precepto sería la que regulase las normas de prescripción aplicables a la interposición de la acción ante los tribunales nacionales. Por el contrario, de no aplicarse esa norma de conflicto, resulta evidente que la ley aplicable de conformidad con la norma general del art. 4.1º será la del país donde se produce el daño, es decir, la ley portuguesa. Y, en consecuencia, operaría el plazo de prescripción de tres años para que FGTI pudiese interponer la acción de subrogación contra la compañía Victoria Seguros SA ante los tribunales portugueses.

7. Finalmente, otro aspecto no menos relevante que se planteaba en este asunto es el referido al momento en el que comienza a correr el plazo de prescripción. Pues bien, esta cuestión ha de ser decidida por el tribunal de instancia, en el presente caso, el tribunal portugués, que deberá resolver si se puede acoger la petición efectuada con carácter subsidiario por FGTI con el fin de considerar si ese plazo de prescripción de tres años previsto en la legislación portuguesa comienza a correr a partir del último pago efectuado a la víctima en el año 2014, teniendo en cuenta la redacción del Código Civil portugués (art. 498, ap. 2).

En definitiva, ha de interpretar la norma portuguesa con el fin considerar si el término “a partir del cumplimiento” ha de entenderse como el momento en que la entidad subrogada procedió a satisfacer la indemnización de la víctima, pues, en ese caso, como resulta evidente que ese hecho se produjo el 7 abril 2014, FGTI habría presentado la demanda ante los tribunales portugueses (recordemos, en el año 2016) antes de que hubiese transcurrido el plazo de tres años previsto en la legislación portuguesa, y no habría prescrito su acción.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

30. LUGAR DEL ACTO DE EXPLOTACIÓN MEDIANTE EL QUE EL PROVEEDOR DE PAQUETES VÍA SATÉLITE COLABORA EN LA EMISIÓN DE LOS PROGRAMAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 1ª 25 mayo 2023, as. C 290/21: *Fourniture de bouquets satellitaires en Autriche*)

31. AMENAZA PARA LA SOCIEDAD Y CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA REVOCACIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO DE UN NACIONAL DE UN TERCER PAÍS CONDENADO POR UN DELITO ESPECIALMENTE GRAVE (STJ 1ª 6 julio 2023, asuntos C-663/21, C-8/22, C-402/22: *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*)

32. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS ESTABLECIDA POR EL CONVENIO DE MONTREAL ENGLOBALA LOS PRIMEROS AUXILIOS INADECUADOS DISPENSADOS A BORDO (STJ 3ª 6 julio 2023, as. C-510/21: *Austrian Airlines*)

33. REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO MEJOR SITUADO PARA PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL DERECHO DE CUSTODIA (STJ 4ª 13 julio 2023, as. c-87/22: *TT y AK*)

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante

Observaciones: 1. Las circunstancias que originan la cuestión prejudicial versan sobre hechos lamentablemente habituales – una sustracción internacional y un litigio sobre la custodia – con una problemática parcialmente novedosa, como es el planteamiento de los tribunales del Estado del secuestro como tribunales “más convenientes” para conocer sobre la responsabilidad parental. Los hechos descritos comienzan con una residencia familiar inicial en Eslovaquia (en 2012) y un traslado posterior a Austria (en 2014), aunque fijando (en 2017) la escolarización de los niños en Eslovaquia, país al que iban y del que regresaban diariamente. Todos ellos son de nacionalidad eslovaca y se subraya que los niños apenas conocían la lengua alemana. En 2020, con ocasión de un traslado ilícito de los hijos por la madre a Eslovaquia, con quien siguen estando, el padre solicita su restitución con base en el Convenio de La Haya de 1980, a la vez que plantea una demanda sobre la custodia ante los tribunales austríacos. En Eslovaquia, la madre había iniciado un proceso sobre la custodia, sobre derechos de visita y sobre alimentos, que dieron lugar únicamente a medidas provisionales sobre la base de los arts. 20 Bruselas II bis y 14 del Reglamento 4/2009, respectivamente.

Tomando estas circunstancias como referencia, los tribunales austríacos serían competentes conforme al art. 10 de Bruselas II bis, como se determinó en segunda instancia por el *Landesgericht* Korneuburg y confirmado por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo austríaco). Sin embargo, la madre solicita ante esos tribunales la activación del *forum non conveniens* basándose en la mejor situación de los tribunales eslovacos dada la existencia del procedimiento de restitución iniciado en aquel Estado, y de los otros procedimientos, instados tanto por el padre como por ella misma, ante dichos tribunales, lo que les situarían en mejor posición habida cuenta de las múltiples diligencias probatorias llevadas a cabo por ellos.

2. Las dudas que origina la cuestión prejudicial se plantean por la viabilidad del *forum non conveniens* a favor de los tribunales del Estado del secuestro. La respuesta del TJUE es afirmativa, confirmando el sentido ya expresado por el Abogado General. Para ello, el tribunal remitente debe tomar en consideración exclusivamente los requisitos “expresamente enunciados” en dicho art. 15, que se refieren a la especial vinculación del otro tribunal, a su mejor posición y al interés superior del menor. Por su parte, el hecho de que exista un procedimiento de restitución pendiente ante los tribunales eslovacos no es impedimento para plantear el *forum non conveniens* aunque la pendencia sí debe considerarse a la hora de valorar si se cumplen sus requisitos.

3. Con estos antecedentes, debe confirmarse si realmente es posible admitir el juego del *forum non conveniens* del art. 15 Bruselas II bis (art. 12 Bruselas II ter), cuando media una sustracción internacional. El interrogante inicial plantea una cuestión de compatibilidad de este mecanismo con los criterios de competencia judicial internacional establecidos en el art. 10 Bruselas II bis (art. 9 Bruselas II ter). En caso afirmativo, deben interpretarse y aplicarse los requisitos del art. 15 cuando existe una pendencia de un procedimiento de restitución en el Estado del secuestro.

4. Puede afirmarse que existe una compatibilidad total entre los arts. 10 y 15 Bruselas II bis, dado que el *forum non conveniens* no alteraba la finalidad del art. 10. El verdadero objetivo de un precepto como el art. 10 Reglamento (paralelo al art. 7 CH de 1996) es establecer la regla de la inalterabilidad de la competencia para el caso de sustracciones, de modo que se mantenga la competencia existente y con ello se evite la manipulación procesal, potencialmente perseguida, por parte del secuestrador. Esto significa que el art. 10 Bruselas II bis realmente no atribuye competencia, sino que fija las pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado una sustracción. El término “conservarán” recogido en su párr. 1º expresa la idea de que los tribunales ya competentes en virtud del foro de la residencia habitual del art. 8 del Reglamento mantendrán esa competencia hasta que se produzcan las circunstancias expresadas en el propio art. 10 a favor de los tribunales de la sustracción. Esta lectura del art. 10 permite admitir su compatibilidad con el resto de los foros de competencia establecidos en el Reglamento. La cuestión puede plantearse desde una doble perspectiva: que ya exista un proceso pendiente sobre la custodia en el momento en el que se produce la sustracción o que se pretenda presentar la demanda una vez producida ésta. En el

primer caso, el art. 8 solucionaría la cuestión con *la perpetuatio iurisdictionis* que establece. En el segundo caso, no existiendo un proceso pendiente, la sustracción no alterará la competencia de los órganos de la residencia habitual anterior (art. 10 Reglamento), cabiendo plantearse, no obstante, una prórroga de competencia a los órganos previstos en el art. 12 o la aplicación de un supuesto de *forum non conveniens* del art. 15. Por lo que se refiere al *forum non conveniens*, tampoco existe, *a priori*, inconveniente para que el tribunal competente conforme a dicha disposición pudiera conocer a pesar de haberse producido una sustracción. Y podría llegar a apreciarse, tal y como ocurre en el presente caso, que los tribunales con “vinculación especial” a efectos de valorar la remisión a éstos del conocimiento del asunto (*vid. ap. 3 del art. 15*) fueran los tribunales del Estado de la sustracción.

5. La eventual coincidencia de una vinculación especial (en el sentido del art. 15.3º) con el Estado de la sustracción no debería ser impedimento para permitir la competencia de sus tribunales. La decisión última sobre la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo (art. 15.1º, esto es, los de la residencia habitual anterior del menor), que únicamente procederán a la remisión del asunto a los otros órganos del Estado de la sustracción cuando ello responda a su interés superior. De este modo, el propio funcionamiento del *forum non conveniens* garantiza la intervención de las autoridades del Estado de la residencia habitual anterior del menor y, en consecuencia, evita los prejuicios de un *forum shopping* automático a favor de las autoridades del Estado de la sustracción.

6. En todo caso, la operatividad del *forum non conveniens* requiere el cumplimiento de los tres requisitos a los que tal remisión se supedita, a saber: la existencia de una vinculación especial de los tribunales del otro Estado miembro; la mejor situación de este tribunal; y que ello responda al interés superior del menor. Pero a la hora de determinar la viabilidad del *forum non conveniens* en casos de sustracción, no solo procede pronunciarse sobre la compatibilidad formal de este expediente con las reglas de competencia judicial internacional – que, ya hemos dicho, existe – si no que, además, debe valorarse su encaje con un procedimiento de restitución pendiente de resolución. El TJUE da por bueno que tal procedimiento no excluye de mano la posibilidad de *forum non conveniens* pero éste sí debe ser considerado para verificar el cumplimiento de sus requisitos. Y es aquí donde emerge la importancia incidencia que puede tener el art. 16 CH 1980 en este contexto.

7. Si, como indica el TJUE, la pendencia de la restitución no es un obstáculo insalvable para la valorar la idoneidad de los tribunales del Estado de la sustracción, debemos verificar entonces si pudiera ser un dato desfavorable. La conciliación entre *forum non conveniens* y procedimiento de restitución ha de partir de la premisa de la prevalencia de este sobre cualquier proceso sobre el fondo, conforme al art. 16. En cualquier caso, el alcance de este precepto no debe exagerarse. El art. 16 CH 1980 no es una norma de competencia judicial internacional (ni positiva, ni negativa). Se reivindica la preferencia del proceso de proceso restitución para evitar manipulaciones procesales, pero no atribuye competencia a los tribunales del secuestro (en el caso de que se decida la no restitución) ni atribuye competencia a los tribunales de origen (en el caso de que se decida la restitución). Formalmente, por tanto, el art. 16 no impide que se aplique el mecanismo del *forum non conveniens* pero implica la imposibilidad de decidir sobre la competencia judicial internacional hasta que no haya finalizado el procedimiento de restitución. La razón es simple: el *forum non conveniens* requiere de la intervención de los tribunales del Estado de la sustracción y esta intervención no puede producirse hasta que previamente se haya resuelto el procedimiento de restitución.

8. En efecto, el mecanismo del art. 15 requiere que el tribunal competente sobre el fondo suspenda el conocimiento del asunto e invite a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro [art. 15.1º.a)] o bien que el tribunal competente solicite al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al ap. 5 [art. 15.1º.b)]. En el primer caso, debe otorgarse un plazo para presentar la demanda (en

el sentido del art. 15.4º) que debe tener en cuenta que la pendencia del procedimiento de restitución va a suspender la tramitación sobre cualquier proceso sobre el fondo. Lo deseable sería, por tanto, que el plazo habilitado permitiera presentar la demanda sobre el fondo una vez finalizado el procedimiento de restitución. Esta circunstancia también deberá ser considerada para el plazo de las seis semanas que tienen los tribunales del Estado del secuestro para declararse competentes (conforme al art. 15.5º), plazo que no podrá cumplirse en la medida en que exista la suspensión procesal exigida por el citado art. 16.

Por su parte, visto desde el Estado de la sustracción, esos tribunales podrían también reclamar para sí mismos la competencia como tribunales más convenientes sobre la base del art. 15.2º.c). Pero en este caso la incidencia directa del art. 16 CH 1980 impediría esa valoración de la competencia hasta el momento de la resolución sobre el retorno del menor. Esta misma solución se aplica al *forum conveniens* que se desarrolla en el art. 13 de Bruselas II ter.

En consecuencia, la decisión final sobre el *forum non conveniens* conlleva esperar la decisión sobre la restitución, porque el mecanismo no se puede completar sin la asunción de competencia por parte de los tribunales del secuestro.

9. Debe examinarse entonces en qué medida esta pendencia incide sobre la consideración de los tribunales del secuestro como mejor situados para conocer y sobre que su competencia pueda ejercerse en interés superior del menor. La mejor situación de los tribunales se valora fundamentalmente por proximidad y razones procesales. El TJUE alude, por ejemplo, a la facilidad para la obtención de pruebas, a las garantías de la bilateralidad y contradicción del proceso (con posibilidad de audiencia del progenitor que solicita la restitución). En este contexto, no es cuestión menor el práctico desconocimiento de la lengua alemana por parte de los niños, lo que obligaría a utilizar intérpretes en el trámite de audiencia. En esta valoración procesal, podría ser útil la preexistencia de procesos sobre el fondo en el Estado del secuestro en la medida en incidan en un conocimiento profundo de la realidad del menor. Sin embargo, no tendría demasiada relevancia que se hayan adoptado medidas provisionales previas con base en el art. 20 Bruselas II bis, dado el carácter sumario de tales procesos.

Sí entrarían en la valoración de la mejor situación de los tribunales los plazos procesales para la resolución de una demanda sobre el fondo. Precisamente, este último criterio requiere contar con la pendencia de la decisión sobre la restitución y su propio desarrollo procedimental. De mano, no puede producirse ninguna remisión del art. 15.1º.b) a los tribunales del secuestro antes de que transcurra el plazo de las 6 semanas previsto en el art. 11 CH 1980 y Bruselas II bis (art. 24 Bruselas II ter). En realidad, no se trataría solo de esperar formalmente a que transcurra ese período de tiempo sino a que ese procedimiento ya esté resuelto, por lo que la demora presente en este caso (dos años) claramente juega en contra de considerar a los tribunales eslovacos como mejor situados para conocer.

Desde la perspectiva del interés del menor, indica el TJUE, reiterando jurisprudencia anterior, que la remisión no puede incidir negativamente sobre “las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre su situación económica del menor de que se trate” y que “el interés superior del menor debe basarse en consideraciones objetivas sobre la propia persona del menor y su entorno social” (ap. 50 de la Sentencia). Se recuerda que no deben incluirse aquí razones materiales porque, dice el TJUE, ello sería contrario a la confianza y reconocimiento mutuos. No obstante, también debe considerarse que la solución conflictual parte en este caso de aplicación del Derecho del foro (ex art. 15 CH 1996). Por tanto, aquí la determinación del foro tiene consecuencias directas en la solución del caso. A estos efectos del interés del menor, también ha de considerarse que la resolución sobre el fondo requiere la decisión previa sobre la restitución. Nuevamente aquí, una pendencia prolongada a la espera de esta decisión va en contra del interés del menor en la medida en que afecta a su derecho a la tutela judicial efectiva al retrasar una solución sobre el fondo de la responsabilidad parental y los alimentos.

10. Ello ya puede determinar, desde el principio, la falta de conveniencia de que conozcan los tribunales del secuestro en la medida en que la dilación del procedimiento de restitución – como ocurre en este caso – es inconciliable con la mejor situación procesal de esos tribunales y con el interés del menor. Téngase en cuenta que la prevalencia del procedimiento de restitución no tiene un impacto directo en la idoneidad de los tribunales de la residencia habitual anterior que no se ven compelidos a esperar la resolución sobre el retorno para decidir. El art. 16 CH 1980 no les vincula en ese sentido. Es más, precisamente la resolución sobre el fondo puede utilizarse para finalizar el procedimiento de restitución y una transferencia posterior de la competencia a los tribunales del secuestro, como está previsto en el art. 10.b).iv).

11. En definitiva, la existencia de una sustracción internacional no impide que se valore la competencia de los tribunales del Estado de la sustracción como tribunales más convenientes para conocer de una demanda sobre la responsabilidad parental. No obstante, al tener prioridad la resolución del procedimiento de restitución de menores, la decisión sobre la competencia puede retrasarse mucho en el tiempo. Esto juega en contra de la mejor situación de los tribunales del Estado de la sustracción y que responda en interés superior del menor, en la medida en que la dilación del procedimiento va claramente en contra del interés del menor y de la tutela de sus derechos.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO*

34. NORMA DE COMPETENCIA SUBSIDIARIA DEL REGLAMENTO (UE) N.º 650/2012 EN MATERIA DE SUCESIONES Y CREACIÓN DE UN CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (ATJ 10ª 17 julio 2023, as. C-55/23: PA)

35. DINAMARCA PUEDE SUPEDITAR LA CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD DANESA A LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE CONEXIÓN EFECTIVO CON ESE PAÍS (STJ GS 5 septiembre 2023, as. C-689/21: *Udlændinge- og Integrationsministeriet*)

Observaciones: 1. Esta sentencia constituye la cuarta entrega de la serie de resoluciones en las que el TJUE interviene directamente sobre la regulación y la práctica administrativa de los Estados miembros en materia de nacionalidad (adquisición, pérdida, conservación y recuperación del vínculo), introduciendo límites desde el Derecho de la Unión que modulan el ejercicio de las competencias de los Estados miembros en este ámbito. Así, tras los asuntos *Rottmann* (sentencia 2 marzo 2010, C-135/08), *Tjebbes* (sentencia de 12 marzo 2019, C-221/17), y *JY c. Wiener Landesregierung* (sentencia 18 enero 2022, C-118/20), y de nuevo en su composición de Gran Sala –indicativo de la trascendencia de la cuestión–, el Tribunal de Luxemburgo confirma su jurisprudencia anterior, incorporando nuevos parámetros –señaladamente, el principio de efectividad– que suponen reforzar la ascendencia y autonomía de la ciudadanía de la Unión como estatuto condicionante de la regulación estatal sobre nacionalidad.

2. Los hechos que dieron origen al recurso prejudicial parten, como en los asuntos anteriores, de la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro – en este caso, Dinamarca– que provoca la pérdida de la ciudadanía de la Unión. La interesada, doble nacional danesa y estadounidense nacida y residente en Estados Unidos de América, vio denegada su solicitud de conservación de la nacionalidad de Dinamarca, al estimar las autoridades de este país que la había perdido por ministerio de la ley al cumplir los veintidós años. La legislación danesa establece una causa de pérdida automática de la nacionalidad para las personas nacidas fuera de Dinamarca que no hayan residido o permanecido en dicho país en circunstancias que acrediten una vinculación efectiva con el mismo, salvo si ello las convierte en apátridas. La pérdida puede evitarse si se formula solicitud de conservación antes de cumplir los veintidós años, demostrando la existencia

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

de dicha vinculación, y así es apreciado por la autoridad administrativa competente. En el marco de dicho expediente, en su caso, tendrá lugar también el examen individual de las consecuencias que la pérdida de la ciudadanía de la Unión conlleva para el sujeto interesado y para su familia, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, conforme a la doctrina establecida por el TJUE. Ahora bien, y este era el punto crucial en juego, en el asunto examinado dicho examen individual ya no pudo tener lugar, porque la solicitud de conservación de la nacionalidad se había presentado con posterioridad al vigesimosegundo cumpleaños. Por lo tanto, la única posibilidad de adquirir la nacionalidad danesa para la interesada era seguir un procedimiento de naturalización que implicaba un periodo largo de residencia en Dinamarca (aunque eventualmente con una flexibilización de los requisitos por su condición de anterior nacional danesa). Ante la interposición del correspondiente recurso, el órgano jurisdiccional competente (Tribunal de Apelación de la Región Este de Dinamarca) formuló cuestión prejudicial ante el TJUE, planteando la compatibilidad de la legislación danesa con el Derecho de la Unión, particularmente con los arts. 20 TFUE y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

3. Para llevar a cabo el juicio de compatibilidad de la normativa danesa con el Derecho de la Unión, el TJUE aplica el mismo patrón de razonamiento ya seguido en los asuntos anteriores, paralelo en gran medida al método de análisis que emplea para valorar otras medidas estatales restrictivas de los derechos y libertades garantizados por el ordenamiento europeo. Así, previa la constatación de la aplicabilidad del Derecho de la UE, el Tribunal examina en primer lugar si las disposiciones de la ley danesa que establecen la causa de pérdida ipso iure de la nacionalidad están amparadas por un objetivo legítimo de interés general. Observado que ello es así –coincidiendo con el criterio del Abogado General Maciej Szpunar–, el TJUE analiza luego si la regulación enjuiciada respeta el principio de proporcionalidad. Sobre este segundo aspecto, sin embargo, y de nuevo en línea con lo sostenido por el Abogado General en sus conclusiones (aunque yendo incluso algo más allá en su argumentación), el TJUE concluye negativamente, tanto por la regulación del procedimiento de solicitud de conservación de la nacionalidad en la ley danesa, como por la respuesta que ésta ofrece en relación con la readquisición de la nacionalidad de Dinamarca.

4. En cuanto a la aplicabilidad del Derecho de la Unión al asunto litigioso –presupuesto que legitima la intervención del propio TJUE–, pocos cambios aporta la resolución que comentamos. Con base en el conocido mantra sentado originalmente en el asunto *Grzelczyk* (sentencia de 20 septiembre 2001, C-184/99), de que “la ciudadanía de la Unión está destinada a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”, y de forma paralela a los anteriores asuntos sometidos al Tribunal, éste manifiesta que la situación en cuestión “está comprendida, por su naturaleza y sus consecuencias, dentro del ámbito del Derecho de la Unión”. Sin embargo, y como viene siendo habitual en esta serie de asuntos, no existe ulterior desarrollo de esta afirmación. En este sentido, la fundamentación de este aspecto –esencial, a nuestro criterio– resulta notablemente pobre, en particular en aquellos asuntos (como el presente, o en *Tjebbes*) en los que la vinculación de las personas interesadas con el territorio de la Unión era muy escasa, cuando no inexistente. Esto llama especialmente la atención, por dos razones. En primer lugar, por el carácter de competencia exclusiva estatal (al menos formal) que reviste el Derecho de la nacionalidad, exclusividad que además los Estados miembros (y, en particular y precisamente, Dinamarca) se han mostrado celosos de salvaguardar desde la introducción de la ciudadanía de la Unión en el TUE de 1992. A esta objeción cabría oponer, desde luego, la distinción entre competencias de la UE y ámbito de aplicación del Derecho de la UE, siendo más amplio este último en virtud del compromiso de respeto asumido por los Estados miembros, y de los principios fundamentales consagrados en los Tratados o desarrollados por la jurisprudencia del TJUE (primacía, efecto directo, efectividad, cooperación leal, etc.). De hecho, ésta es, en esencia, la respuesta del Tribunal a la invocación por parte del Gobierno de Dinamarca de la Decisión de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo de Edimburgo los días 11 y 12 diciembre 1992, que recogería la “posición particular” mantenida por

este país respecto del estatuto de la ciudadanía de la Unión. En efecto, el TJUE rechaza otorgar valor preponderante a las declaraciones –unilaterales o colectivas– efectuadas por los Estados miembros, trayendo a colación la dicotomía entre la titularidad estatal de las competencias en materia de nacionalidad y su ejercicio, sujeto este último a la obligación de respetar el Derecho de la Unión (doctrina introducida en la sentencia *Micheletti*, de 7 julio 1992, C-369/90).

Ahora bien, a nuestro juicio, el anterior argumento no desvirtúa un segundo motivo por el cual sería deseable una mejor fundamentación de la aplicabilidad del Derecho de la Unión a este tipo de asuntos, y que parte del carácter derivado y complementario de la ciudadanía de la Unión respecto de la nacionalidad estatal (arts. 9 TUE y 20.1º TFUE). En efecto, los límites impuestos por la jurisprudencia del TJUE a la regulación sobre nacionalidad de los Estados miembros implican que el vínculo derivado acabe condicionando al primario. Ello supone, en el fondo, una inversión de la relación causal entre ambos, lo que haría necesario reforzar la justificación de una consecuencia que a priori parece chocar con la literalidad y con la lógica subyacente a los Tratados –o, como mínimo, con la óptica adoptada por los Estados miembros– en este punto.

5. Sentado que el asunto estaba comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión, el TJUE analiza, a la luz de dicho ordenamiento, la legitimidad de los objetivos perseguidos por la legislación danesa al establecer la causa de pérdida automática de la nacionalidad. Siguiendo la línea ya trazada en las tres sentencias anteriores, el Tribunal refrenda la concepción de la nacionalidad como un vínculo que expresa una relación especial de solidaridad y de lealtad y una reciprocidad de derechos y deberes entre el Estado y sus nacionales, así como un vínculo efectivo con dicho Estado. En consecuencia, el TJUE reputa legítimo que Dinamarca, a fin de proteger dicha relación, y en el ejercicio de sus competencias en materia de nacionalidad, establezca la causa de pérdida *ipso iure* enjuiciada, para los supuestos en los que se ponga de manifiesto la inexistencia de una vinculación efectiva con dicho país, y ello aun cuando pueda conllevar la pérdida de la ciudadanía de la Unión.

Sin embargo, resulta de interés un aspecto que el TJUE no analiza, pero sobre el que sí se pronunciaron la Comisión y el Abogado General. En principio, el Tribunal también válida como legítimos, a los ojos del Derecho de la Unión, los criterios que tiene en cuenta la ley danesa para valorar la existencia o inexistencia de vinculación efectiva con Dinamarca (lugar de nacimiento y de residencia de la persona interesada, y circunstancias de sus periodos de permanencia en territorio danés), así como el establecimiento de un periodo de tiempo determinado a considerar (hasta el vigesimosegundo cumpleaños). Ahora bien, el TJUE descarta expresamente pronunciarse –porque no era pertinente para el caso concreto– sobre el hecho de que la legislación danesa no distingue, a efectos de la pérdida automática de la nacionalidad, en función de si el lugar de nacimiento, residencia o permanencia se sitúa en un tercer país, o bien en un Estado miembro de la UE (salvo Suecia y Finlandia, sí contempladas). Tanto la Comisión como el Abogado General sostuvieron la falta de legitimidad de este criterio a tenor del Derecho de la Unión, ya que implica una restricción del ejercicio del derecho a la libre circulación de los nacionales daneses. En efecto, las personas con doble nacionalidad danesa y de un tercer Estado, nacidas en otro Estado miembro (que no sea Suecia y Finlandia) de padre o madre daneses que hubieran ejercido su derecho a la libre circulación, o bien que ejerzan ellas mismas su derecho a la libre circulación y, hasta pasados los veintidós años, residan en un Estado miembro que no sea Dinamarca, Suecia o Finlandia, pueden verse abocadas a perder su nacionalidad danesa y, por ende, la ciudadanía de la Unión. En consecuencia, esta eventualidad puede disuadirlas de ejercer su derecho a la libre circulación. Aunque en el presente asunto, como se ha mencionado, esta cuestión queda fuera del análisis del Tribunal, se intuye una posible valoración negativa en el caso de ser objeto de un pronunciamiento futuro.

Al hilo de lo anterior, una reflexión que nos plantea esta sentencia es cuál ha de ser el rol y la definición del criterio del “vínculo efectivo y genuino” como sustrato de la nacionalidad, en el marco del ordenamiento de la Unión. Posiblemente sea necesaria una delimitación autónoma de dicho criterio a efectos del Derecho de la UE, que excluya la ruptura de la efectividad del vínculo

con el Estado miembro de origen cuando se ejerza el derecho a la libre circulación; o, dicho de otra forma, que la vinculación efectiva deba predicarse con el territorio de la UE en su conjunto. Por otro lado, el interrogante de si dicho criterio es simplemente avalado por el TJUE como uno de los posibles, o bien si forma parte de una eventual (y embrionaria) noción material europea de nacionalidad, se dilucidará probablemente cuando el máximo intérprete deba pronunciarse en relación con los programas de nacionalidad por inversión (o *Golden Passports*), concretamente en el asunto C-181/23, recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Malta, y aún pendiente de resolución en la fecha de redactarse estas líneas.

6. Una vez superado el test de la legitimidad, y siguiendo el método establecido en su jurisprudencia previa, el TJUE analiza la cuestión a la luz del principio de proporcionalidad. En la dimensión fáctica de este principio, el Tribunal remite a las autoridades danesas la obligación de efectuar el examen individual correspondiente. A estos efectos, la autoridad competente deberá dilucidar si la pérdida del estatuto de ciudadana de la Unión conlleva, para la interesada o para los miembros de su familia, consecuencias de orden personal, familiar o profesional que tuvieran un carácter desproporcionado en atención al objetivo perseguido por la norma. Esta valoración habrá de realizarse tomando como referencia los derechos que otorga la ciudadanía de la Unión y, también, los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE, en particular los previstos en sus arts. 7 (respeto a la vida familiar) y 24.2^º (interés superior del niño). En el caso de que la pérdida se reputa desproporcionada, la jurisprudencia del TJUE –confirmada aquí– impone una recuperación *ex tunc*. Como elemento de reflexión, cabría apuntar que el hecho de condicionar la vigencia del vínculo nacional a la gravedad de las consecuencias de su pérdida en el caso concreto puede conllevar potenciales desigualdades de trato y afectar negativamente a la seguridad jurídica.

La dimensión normativa del examen de proporcionalidad, en cambio, es asumida directamente por el TJUE, como ya hizo en el asunto *Tjebbes*. En este punto hallamos la principal novedad aportada por esta sentencia, al introducir el Tribunal por primera vez en este ámbito el principio de efectividad. Como es sabido, este principio, de aplicación habitual en la jurisprudencia del TJUE, se dirige a garantizar que la realización de los derechos conferidos a los particulares por el ordenamiento de la Unión no se vea imposibilitada o extremadamente dificultada a causa de reglamentaciones o prácticas impuestas por los Estados miembros. En el presente asunto, el principio de efectividad se proyecta sobre el régimen legal danés de solicitud de conservación de la nacionalidad, en particular sobre la configuración tanto del *dies a quo* como del *dies ad quem* del plazo para formular dicha solicitud. Respecto del primero, el TJUE dictamina que el cómputo del plazo no puede comenzar si la persona interesada no ha sido debidamente informada de la pérdida o la inminente pérdida de la nacionalidad, así como de su derecho a solicitar su conservación o recuperación *ex tunc*, y del plazo para hacerlo (que debe ser “razonable”). Respecto del *dies ad quem*, el TJUE estima también incompatible con el principio de efectividad el hecho de que el día final del plazo para formular la solicitud de conservación de la nacionalidad coincida con el día final del periodo que se tiene en cuenta para valorar la vinculación efectiva con Dinamarca (vigésimosegundo cumpleaños), y declara que tal plazo debe extenderse durante un plazo razonable más allá de esta fecha.

7. La intervención del TJUE implica una modificación notable del régimen legal danés en este punto, y también genera algunos interrogantes a nivel general. El principio de efectividad exige, como se ha mencionado, que se informe debidamente al sujeto de su situación legal respecto de la pérdida de la nacionalidad (que implique pérdida de la ciudadanía europea), a fin de que pueda solicitar su conservación o recuperación, y garantizar así que en el marco de este expediente las autoridades puedan realizar el examen individual de las consecuencias de dicha pérdida a la luz del Derecho de la Unión. Si no se le ha informado adecuadamente, la obligación de efectuar el mencionado examen se mantiene, presumiblemente, sine die: las autoridades deberán estar en condiciones de realizarlo con carácter incidental (por ejemplo, cuando la persona solicite un documento de viaje o acreditativo de la nacionalidad), aun cuando la petición se presente más

allá del plazo razonable. Ahora bien, el Tribunal no aclara en qué consiste esa “debida información”, ni cómo debe llevarse a cabo, lo que suscita dudas respecto de su forma de implementación en los sistemas estatales. Posiblemente, el máximo intérprete europeo tenga ocasión de abundar en esta cuestión en los asuntos C-684 a C-686/22, aún pendientes de resolución a la presente fecha, y en los que se plantea una posible falta de información suficiente a dobles nacionales turco-alemanes sobre la inminente pérdida de su nacionalidad alemana a causa de un cambio legislativo, así como un eventual régimen transitorio inadecuado.

Por otro lado, la obligatoriedad de prever una “recuperación *ex tunc*” para el caso de que la pérdida de la nacionalidad resulte desproporcionada a la luz de los derechos que confiere la ciudadanía de la Unión –o para el caso de que se haya producido sin que la legislación nacional haya permitido efectuar el examen individual para valorar dicha circunstancia–, es también una figura introducida por el TJUE *ex novo* en la sentencia *Tjebbes* y que, como tal, puede resultar desconocida para muchos ordenamientos (como es el caso del español). En realidad, equivale a dejar sin efecto la pérdida de la nacionalidad, desde el momento en que presuntamente se produjo. En la sentencia comentada, por añadidura, el TJUE declara que no puede sustituirse ni compensarse por una naturalización, por muy favorables que sean las condiciones que se establezcan para los antiguos nacionales, porque ello supone admitir que la persona pueda haber estado privada, durante un tiempo, de los derechos que le otorga la ciudadanía de la Unión.

7. Con esta resolución se confirma la tendencia del TJUE a interpretar de forma maximalista la ciudadanía de la Unión. A pesar de que dicha ciudadanía constituye un vínculo derivado de la nacionalidad estatal, se erige en parámetro fiscalizador de la normativa que sobre esta última han adoptado los Estados miembros, en el ejercicio de una competencia que es de su titularidad. A través de esta línea jurisprudencial, el TJUE va perfilando de forma progresiva un marco y unos límites derivados del Derecho de la Unión, que se imponen sobre las reglamentaciones internas. Paralelamente, al omitirse en esta resolución toda referencia a los convenios internacionales sobre nacionalidad (sí empleados como base jurídica en los anteriores asuntos), y con la introducción del principio de efectividad, se evidencia la voluntad del Tribunal de reforzar la autonomía de la fundamentación, aplicando normas, principios y métodos propios del ordenamiento de la Unión.

Milagros OROZCO HERMOSO *

36. OPERACIONES DE RETORNO: SE DESESTIMA EL RECURSO DE INDEMNIZACIÓN DE VARIOS REFUGIADOS SIRIOS CONTRA FRONTEX TRAS SU DEVOLUCIÓN DE GRECIA A TURQUÍA (STG 6 septiembre 2023, as. T-600/21: *WS y otros/Frontex*)

37. RESOLUCIONES POR LAS QUE SE IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL O LA CONTINUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS INCOADOS ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 3^a 7 septiembre 2023, Asunto C-590/21: *Charles Taylor Adjusting*)

Observaciones: 1. En esta sentencia el Tribunal de Justicia extiende su jurisprudencia previa acerca de la incompatibilidad con el RBIbis de *las antisuit injunctions* (mandamientos judiciales conminatorios que prohíben a una parte, bajo apercibimiento de sanción, entablar o proseguir una acción ante un órgano jurisdiccional extranjero) entre Estados miembros a otras resoluciones judiciales que puedan producir efectos similares. Ejemplo de estas últimas son resoluciones judiciales que no prohíben expresamente entablar o proseguir acciones en el extranjero, pero sí contemplan sanciones en caso de que una parte inicie o continúe un procedimiento en el extranjero.

* Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

2. Más en concreto, la resolución judicial inglesa sobre cuyo reconocimiento trata el litigio principal había concedido una indemnización pecuniaria provisional de los gastos que la incoación del procedimiento pendiente ante un tribunal del Estado miembro requerido (Grecia) causa al demandado. Además, la nueva sentencia establece que tales “órdenes conminatorias que ‘casi’ impiden el recurso” no sólo son incompatibles con las normas de competencia del RBlbis (de modo que los tribunales de los Estados miembros no pueden adoptarlas respecto de procedimientos ante tribunales de otros Estados miembros), sino que, además, su reconocimiento conllevaría la infracción manifiesta de un principio fundamental en el ordenamiento jurídico de la Unión, de modo que sería contrario al orden público.

3. La sentencia *Charles Taylor Adjusting* va referida a un asunto relativo a la eficacia en Grecia de una medida de ese tipo adoptada por los tribunales ingleses, al que resultaba todavía aplicable el régimen de reconocimiento y ejecución del RBlbis, conforme a las disposiciones transitorias del Acuerdo de Retirada. Junto a la referencia a los fundamentos y alcance de la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia en el marco del RBlbis, tiene interés reflexionar brevemente sobre las implicaciones de esta sentencia respecto del tratamiento de situaciones –potencialmente más frecuentes en la práctica tras el Brexit– en las que se plantee la eficacia en un Estado miembro de este tipo de medidas adoptadas por tribunales de un tercer Estado. Todo ello en un contexto en el que la adopción de *antisuit injunctions* o resoluciones con efectos similares alcanza una creciente relevancia práctica en la litigación internacional, en la medida en que ahora también tribunales continentales recurren a ellas (como ilustra la experiencia alemana o francesa en la litigación relativa a licencias FRAND), y los tribunales del RU han quedado “liberados” de la prohibición resultante del RBlbis para adoptarlas respecto de los Estados miembros de la UE.

4. La sentencia reseñada parte de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia acerca de que las *antisuit injunctions* adoptadas por los tribunales de un Estado miembro, en la medida en que suponen una injerencia en la competencia del tribunal de otro Estado miembro, resultan incompatibles con el RBlbis (ap. 25 de la nueva sentencia con referencia a las sentencias de 27 abril 2004, *Turner*, C 159/02, EU:C:2004:228, ap. 27; 10 febrero 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C 185/07, EU:C:2009:69, ap. 34, y 13 mayo 2015, *Gazprom*, C 536/13, EU:C:2015:316, ap. 32). Al analizar medidas que no contienen expresamente una prohibición como la que es propia de una *antisuit injunction*, pero contemplan sanciones que producen el efecto de dificultar o disuadir el inicio o la prosecución de un procedimiento judicial en otro Estado miembro (susceptibles de ser calificadas como “órdenes conminatorias que ‘casi’ impiden el recurso”), el Tribunal establece que se impone la misma solución acerca de su incompatibilidad con el RBlbis, en la medida en que también menoscaban la confianza mutua entre los tribunales de los Estados miembros, que típicamente excluye el control de la competencia de los tribunales de un Estado miembro por los de otro, y suponen una injerencia inadmisibles en la competencia de los tribunales de un Estado miembro. Ello es así aunque esa orden conminatoria proceda de un tribunal que base su competencia en un acuerdo exclusivo de elección de foro (aps. 26 a 28 de la nueva sentencia).

5. Habida cuenta de que lo que se plantea en el litigio principal es el reconocimiento y ejecución de tales medidas, resulta clave dilucidar si las mismas no sólo infringen las reglas de competencia del RBlbis sino si se trata además de resoluciones cuyo reconocimiento resultaría “manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”, como exige para denegar el reconocimiento y ejecución el art. 45.1º RBlbis. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es reiterada en el sentido de que la incorrecta aplicación de normas de la Unión –como el RBlbis– o nacionales, aunque sea manifiesta, no es motivo para denegar el reconocimiento de una resolución procedente de otro Estado miembro, sino que es preciso que se trate de una resolución cuyo reconocimiento menoscabe un principio fundamental (aps. 31 a 36 de la nueva sentencia con ulteriores referencias).

6. El Tribunal de Justicia establece que tal es el caso de las medidas que, sin ser propiamente *antisuit injunctions*, pueden calificarse de “órdenes conminatorias que casi impiden el recurso”, al influir indirectamente en la continuación de un procedimiento iniciado ante los tribunales de otro Estado miembro (ap. 37). Tales medidas menoscaban la confianza mutua entre los Estados miembros en que se basa el sistema de competencias del RBlbis (ap. 38), lo que resulta determinante para apreciar que pueden ser incompatibles con el orden público por “violar el principio fundamental, en el espacio judicial europeo basado en la confianza mutua, según el cual cada órgano jurisdiccional se pronuncia sobre su propia competencia” (ap. 39). Con carácter accesorio, para concluir, la sentencia pone de relieve que ese tipo de medidas –como la concesión de una indemnización provisional de los gastos que la incoación del procedimiento que se pretende obstaculizar causa al demandado– pueden afectar al acceso a los tribunales por parte de la persona frente a la que se adoptan, dificultando o incluso impidiendo que el demandante prosiga el procedimiento en el Estado miembro requerido (ap. 40).

7. En síntesis, la posición del Tribunal de Justicia conduce a la ineficacia de las medidas que producen efectos equivalentes a *antisuit injunctions* entre los Estados miembros. La caracterización de tales medidas se formula en términos muy amplios, pues lo determinante es que dificulten que el (potencial) demandante al que van dirigidas inicie o prosiga el procedimiento en cuestión. Ahora bien, de manera coherente con el alcance del RBlbis el análisis se limita a medidas adoptadas en un Estado miembro que repercuten en la tramitación de procedimientos en otros Estados miembros.

8. Un tipo de situación no contemplado en la sentencia reseñada podría justificar un análisis específico dentro del marco del propio RBlbis. En concreto, el reconocimiento y ejecución en el marco del RBlbis de medidas de este tipo tendentes a obstaculizar la tramitación de procedimientos en terceros Estados. Piénsese, por ejemplo, en la eventual solicitud de ejecución en EM2 de una multa coercitiva impuesta en EM1 por la vulneración por una parte de una medida de este tipo relativa a la prosecución de un procedimiento en un tercer Estado (y no en un Estado miembro). El reconocimiento y ejecución en EM2 de esa multa coercitiva se regiría por el RBlbis al proceder de otro Estado miembro. A diferencia de la situación a la que va referida la sentencia *Charles Taylor Adjusting*, una medida de ese tipo no socavaría la confianza mutua, al ir referida únicamente a procedimientos que se tramitan en terceros Estados. El eventual menoscabo del derecho de acceso a los tribunales en el tercer Estado como fundamento de la denegación de la ejecución de la multa coercitiva por ser incompatible con el orden público de EM2 a los efectos del art. 45.1º RBlbis merecería un análisis diferenciado, pues no es equiparable a una situación como la que es objeto de la sentencia reseñada (al no obstaculizar el acceso a los tribunales en el propio Estado miembro requerido).

9. Obviamente, tampoco puede abordar la sentencia reseñada el tratamiento de situaciones en las que el reconocimiento y ejecución de una *antisuit injunction* o una “orden conminatoria que casi impide el recurso” en un Estado miembro no debe determinarse en virtud del RBlbis sino de la legislación interna del Estado requerido, como sucede típicamente en aquellos casos en los que la resolución extranjera cuya eficacia se pretende procede de un tercer Estado. En realidad, tal será el caso de un supuesto como el del litigio principal cuando la medida adoptada por el tribunal inglés no quede ya comprendida en el régimen transitorio de aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución del RBlbis.

10. Al no ser aplicable el RBlbis en tales casos, la argumentación del Tribunal de Justicia acerca de la vulneración de la confianza mutua en tanto que principio fundamental del espacio judicial europeo como determinante de que la resolución sea manifiestamente contraria al orden público no resultará relevante. No obstante, en las situaciones típicas la obstaculización que la eficacia de la resolución extranjera supone al acceso a los tribunales en el Estado requerido resultará determinante de que su reconocimiento y ejecución sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (en España, a los efectos del art. 46 Ley 29/2015), en la medida en que menoscaba el derecho a un proceso equitativo del art. 6.1º CEDH y el derecho a la

tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE y del art. 24 de la Constitución. El ap. 40 de la sentencia reseñada viene a avalar este planteamiento.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

38. COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANTE EL QUE SE HA EJERCITADO LA ACCIÓN CON RESPECTO A LOS CODEMANDADOS DOMICILIADOS FUERA DEL ESTADO MIEMBRO DEL FORO (STJ 5ª 7 septiembre 2923, as. C-832/21: *Beverage City Polska*)

39. APLICACIÓN A LOS PRECONTRATOS DEL FUERO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL (STJ 7ª 14 septiembre 2023, as. C-393/22, *EXTÉRIA*)

40. ACCIÓN JUDICIAL QUE TIENE POR OBJETO QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE UNOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES (STJ 7ª 14 septiembre 2023, as. C-632/21: *Diamond Resorts Europe Limited*)

41. CONTRATO CELEBRADO CON UN CONSUMIDOR RELATIVO A DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE VIVIENDAS TURÍSTICAS MEDIANTE UN SISTEMA DE PUNTOS (STJ 7ª 14 septiembre 2023, as. C-821/21: *Club La Costa y otros*)

42. RESTABLECIMIENTO TEMPORAL POR PARTE DE UN ESTADO MIEMBRO DE LOS CONTROLES EN SUS FRONTERAS INTERIORES (STJ 4ª 21 septiembre 2023: C-143/22: *ADDE y otros*)

43. UN NACIONAL DE UN TERCER ESTADO QUE RESIDE EN UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA PUEDE DESIGNAR COMO LEY QUE HABRÁ DE REGIR SU SUCESIÓN LA LEY DE ESE TERCER ESTADO (STJ 3ª 12 octubre 2023, as. C-21/22: *OP –Choix du droit d'un État tiers pour la succession–*)

Observaciones: 1. Es habitual que los instrumentos de la Unión en materia de DIPr incorporen una previsión –en coherencia con lo establecido en el art. 351 TFUE y con las exigencias internacionales– de no afectación a la aplicación de los convenios internacionales previos en que sean parte uno o más Estados miembros y uno o más terceros Estados. Aunque con diferencias puntuales, resultan ilustrativos a este respecto los arts. 71 RBlbis (coincidente con el art. 71 de su antecedente el Reglamento 44/2001), 25.1 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 28.1 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, 19 del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio, 75.1º del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones o 62.1 del Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales. Entre esas disposiciones, hasta ahora, había sido objeto de especial atención en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el art. 71 RBlbis y su interacción con el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C. M. R.), en particular, en las sentencias de 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243; 19 diciembre 2013, *Nipponka Insurance Co. (Europe)*, C-452/12, EU:C:2013:858; 4 septiembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C-157/13, EU:C:2014:2145 [estando en la actualidad pendiente el asunto *Gjensidige*, C-90/22, acerca también de la interacción entre esos instrumentos].

2. Al interpretar el art. 71 RBlbis, esa jurisprudencia ha puesto de relieve que no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte, en línea con la jurisprudencia según la cual los convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados miembros en detrimento de los

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

objetivos del Derecho de la Unión (aps. 51–52 de la sentencia *TNT Express Nederland*, ap. 47 de la sentencia *Nipponka Insurance Co. (Europe)* y ap. 41 de la sentencia *Nickel & Goeldner Spedition*). La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto, *OP (Choix du droit d'un État tiers pour la succession)* extiende ese planteamiento a la norma sobre no afectación del art. 75.1 del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en un supuesto de concurso de normas sobre ley aplicable entre ese Reglamento y un Convenio bilateral entre un Estado miembro y un Estado tercero.

3. La sentencia ha alcanzado cierta notoriedad en la medida en que constata que el art. 22 del Reglamento 650/2012 permite que un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro de la UE pueda designar como ley aplicable a su sucesión la ley de ese tercer Estado, si bien concluye que un convenio bilateral previo con un tercer Estado que no prevea la posibilidad de elegir la ley aplicable puede prevalecer respecto de esta cuestión sobre el Reglamento. En esta reseña, sin embargo, interesa detenerse en que el Tribunal llega a esa última conclusión respetuosa con el criterio de no afectación de los convenios internacionales previos, pese a que matiza ese criterio, al extender con respecto al art. 75.1 del Reglamento 650/2012 y un supuesto relativo a las relaciones entre un Estado miembro y un Estado tercero su jurisprudencia previa relativa al art. 71 RBIbis. En este marco se suscitan cuestiones de interés desde la perspectiva española (y de otros Estados miembros), en la medida en que en otras materias en las que la ley aplicable ha sido objeto de unificación en el seno de la UE, España es parte de convenios internacionales que la vinculan con terceros Estados e incorporan criterios parcialmente diferentes a los de la normativa de la Unión. Tal es el caso, en particular, de la interacción entre el Reglamento Roma II en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos y los accidentes de circulación por carretera, de los que España es parte.

4. El apartado de la nueva sentencia especialmente relevante a estos efectos es el 29, en el que el Tribunal de Justicia establece que su jurisprudencia relativa al art. 71 RBIbis y su interacción con el CMR en una situación entre Estados miembros es trasladable con respecto a la interpretación del art. 75.1 del Reglamento 650/2012 y la interacción de este instrumento con el convenio bilateral entre Polonia y Ucrania que incluye normas sobre ley aplicable a las sucesiones. De este modo, la nueva sentencia afirma como límite al criterio de no afectación también en estas situaciones el que el art. 75.1 del Reglamento 650/2012 “no puede tener un alcance que contravenga los principios subyacentes a la normativa de la que forma parte”.

5. A partir de ahí, la sentencia –en la línea de las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona (EU:C:2023:247)– pone de relieve que como la autonomía de la voluntad del art. 22 del Reglamento 650/2012 es una excepción al criterio general del art. 21 (aplicación de la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento) y se limita a la posibilidad de elegir la ley de un Estado de su nacionalidad, no “es un principio subyacente al Reglamento 650/2012 y, por tanto, a la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión de la que este Reglamento es instrumento” (ap. 33). Seguidamente, señala que tampoco lo es el principio de unidad de la sucesión, que puede también resultar menoscabado como consecuencia de la aplicación del convenio bilateral, que conduce a la escisión de la sucesión (ap. 34). Por consiguiente, la sentencia salvaguarda la eventual aplicación del tratado bilateral entre el Estado miembro y el tercer Estado y su no afectación por el Reglamento 650/2012, pero lo hace estableciendo límites y controles al principio de no afectación –y por lo tanto a la normal aplicación del convenio internacional– que pueden conducir a generar inseguridad jurídica en otras situaciones en las que pudiera llegar a entenderse que las normas contenidas en el Reglamento deben prevalecer en relación con Estados terceros.

6. A este respecto, resulta de interés que el Abogado General en sus conclusiones había recomendado una aproximación más cauta que la que resulta de la sentencia a la concreta cuestión de la extensión de la jurisprudencia relativa al art. 71 RBIbis a la interpretación de una norma como el art. 75 Reglamento 650/2012. Tras constatar que el art. 75.2º Reglamento

650/2012 excluye la primacía de los convenios internacionales sobre el Reglamento 650/2012 cuando se trata de convenios de los que solo sean parte Estados miembros, el Abogado General destacó las dificultades inherentes a situaciones en las que pudiera llegarse a la conclusión de que un Estado miembro de la UE parte de un convenio internacional deba ignorar compromisos contenidos en el mismo en relación con terceros Estados con base en que la aplicación de tales compromisos menoscaba los principios que inspiran el instrumento de la UE en cuestión (o la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la UE) (aps. 39 a 45 de las conclusiones del Abogado General).

7. Ciertamente, desde la perspectiva española, no resulta difícil encontrar situaciones en las que la nueva sentencia puede servir para abrir debates cuestionables pero que pueden ser fuente de inseguridad jurídica al concretar si la aplicación del criterio de no afectación conduce en el caso concreto a contravenir los principios subyacentes al Reglamento que la contiene.

8. A modo de ejemplo, el ap. 1 del art. 28 del Reglamento Roma II coincide con el primer párrafo del ap. 1 del art. 75 Reglamento 650/2012 y su ap. 2 con el ap. 2 del art. 75 Reglamento 650/2012. Por su parte, el art. 14 del Reglamento Roma II regula la libertad de elección por las partes de la ley aplicable a la obligación extracontractual con un alcance mucho mayor que el que esa posibilidad tiene en el marco del Reglamento 650/2012. Pese a que el art. 14 del Reglamento Roma II establece ciertas restricciones a la libertad de elección y el Reglamento excluye esa posibilidad en ciertas materias (arts. 6.4º y 8.3º), no cabe duda de que sí la admite respecto de la ley aplicable, entre otras, a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera (a la que, solo en defecto de elección conforme al art. 14, sería aplicable la regla general del art. 4 del Reglamento Roma II) y a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (a la que, solo en defecto de elección conforme al art. 14, sería aplicable la regla general del art. 5 del Reglamento Roma II). Por el contrario, ni el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos ni el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera –respecto de los que en relación con España debe estarse a lo dispuesto en el art. 28 Reglamento Roma II– contemplan la posibilidad de elección por las partes de la ley aplicable.

9. Los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica del Reglamento Roma II, la redacción de su art. 28 y el fundamento del criterio de no afectación a los convenios internacionales con terceros Estados refuerzan en este contexto la justificación de una aplicación restrictiva de los límites a este criterio elaborados por la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en relación con el art. 71 RBlbis.

10. En todo caso, las dificultades inherentes a la aplicación de los límites al criterio de no afectación así como las distorsiones inherentes a la coexistencia con el Reglamento de esos dos convenios de La Haya parcialmente obsoletos y de escaso éxito, refuerzan la convicción de que resulta muy difícil de justificar que tras la adopción del Reglamento Roma II España (y el resto de Estados miembros de la Unión contratantes) no haya(n) denunciado los dos convenios aludidos, lo que ha supuesto que para España se hayan ido renovando tácitamente cada cinco años (art. 20 del Convenio de 1971 y art. 21 del Convenio de 1973).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

44. CESIONES TEMPORALES DEL USO DE VIVIENDAS: LÍMITES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES (STJ 4ª 16 noviembre 2023, as. C-497/22: *Roompot Service*)

Observaciones: 1. En virtud del art. 24.1º RBlbis, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles se atribuye competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro donde

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

el inmueble se halle sito, sin perjuicio de la competencia alternativa de los tribunales del domicilio del demandado respecto de ciertos contratos en los que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro. Por consiguiente, la eventual caracterización de un contrato como de arrendamiento de bien inmueble a estos efectos resulta determinante de que lo dispuesto en el art. 24.1º, que tiene carácter excepcional, desplace al resto de reglas de competencia que pudieran ser aplicables, incluidas las relativas a litigios sobre contratos de consumo (art. 17 a 19 RIBis), la posibilidad de que las partes elijan el tribunal competente con base en los arts. 25 y 26, y el fuero especial en materia contractual del art. 7.1º. En el contexto de la economía digital, que ha facilitado la expansión de las operaciones transfronterizas relativas a cesiones temporales del uso de viviendas de vacaciones, el tratamiento de este tipo de contratos a los efectos del art. 24.1º Resulta de singular interés. En esta sentencia el Tribunal de Justicia proporciona precisiones adicionales sobre esta cuestión.

2. Tratándose de contratos de cesión del uso de una vivienda de vacaciones de corta duración, de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia (*vid.* aps. 29 a 34 de la sentencia reseñada con ulteriores referencias), resultaba que procede la calificación como arrendamiento de bien inmueble a esos efectos en la medida en que tales contratos tengan por objeto únicamente el arrendamiento de un inmueble, lo que incluye aquellas situaciones en las que el contrato prevé disposiciones adicionales meramente accesorias, como cláusulas relativas al seguro por resolución del contrato y a la garantía de devolución del precio. Esta conclusión no se ve alterada porque el contrato se celebre con quien solo asume la función de intermediario entre el cliente en cuestión y el propietario de dicha vivienda. Por el contrario, la calificación como arrendamiento de bien inmueble debe rechazarse cuando el contrato, junto a la cesión del uso de la vivienda, incluye prestaciones que no son meramente accesorias, por ejemplo, prestaciones de servicios de acogida en el lugar de destino, reserva y anulación de viaje, información sobre actividades a realizar durante la estancia... Cuando la cesión del uso de la vivienda va acompañada de prestaciones de servicios no accesorias procede apreciar que se trata de un contrato complejo que queda al margen del art. 24.1º RIBis.

3. En consecuencia, la calificación de un contrato a estos efectos requiere una apreciación de la relación contractual de que se trate “en conjunto y en su contexto” (ap. 34), lo que implica valorar si las prestaciones suplementarias a la cesión de uso de la vivienda son suficientes para calificar el contrato como contrato complejo que tiene por objeto un conjunto de prestaciones de servicios, de modo que no quedaría comprendido por el art. 24.1º RIBis. El principal interés de la sentencia es que proporciona elementos adicionales acerca de cuál es la relevancia a estos efectos de ciertas prestaciones que pueden acompañar a la cesión de uso de la vivienda.

4. Por una parte, el Tribunal considera que prestaciones como la limpieza al final de la estancia, el suministro de ropa de cama y la entrega de llaves no son prestaciones “suficientemente caracterizadas” como para excluir la calificación del contrato como de arrendamiento de bien inmueble y considerar que se trata de un contrato complejo de organización de una estancia que quede al margen del art. 24.1º (ap. 40). Por el contrario, sí deben considerarse normalmente como contratos complejos de organización de una estancia a los que no resulta de aplicación la competencia exclusiva, aquellos que, junto a la cesión de uso de una vivienda incluyen la prestación de “servicios de información y consejo, de reserva y de recepción que... forman parte de la oferta que propone un profesional del turismo a cambio de un precio global” (ap. 41). Además, el Tribunal de Justicia destaca la relevancia a efectos que el contrato sea considerado como un contrato complejo de organización de una estancia el que se concluya con un organizador de viajes que actúa “en calidad de profesional del turismo y ofrece, en el marco de una estancia organizada, servicios suplementarios” (ap. 43).

5. Proyectando este criterio sobre las concretas circunstancias del litigio principal, la sentencia determina que la puesta a disposición de una vivienda en un complejo vacacional que cuenta con estructuras estandarizadas de alojamiento que forman un conjunto homogéneo, explotado por un profesional del turismo, “y la oferta de una estancia a cambio de un precio global que refleja la

calidad y la importancia del conjunto de prestaciones ofrecidas en ese complejo vacacional”, son factores que facilitan normalmente la apreciación de que se trata de un contrato complejo de organización de una estancia excluido del art. 24.1º RIBis (ap. 44).

6. El Tribunal destaca la coherencia de ese resultado con el fundamento y la naturaleza excepcional de las competencias exclusivas del art. 24 RIBis, que requiere una interpretación restrictiva de su alcance. Con respecto al fundamento del art. 24.1º, se pone de relieve su conexión con que los contratos incluidos en su ámbito de aplicación son contratos cuyo contenido son normalmente objeto de regulación por disposiciones imperativas sobre el uso de la propiedad inmobiliaria del Estado miembro en el que esté situado el inmueble, como elemento que condiciona que los tribunales dese lugar son los que se encuentran en mejor posición para conocer del litigio (ap. 45).

7. En la medida en que, con frecuencia, se trata de contratos de consumo, su exclusión del art. 24.1º RIBis facilita que los contratos complejos de organización de una estancia, aunque incluyan la cesión de uso de una vivienda, puedan quedar sometidos al régimen imperativo de protección de los consumidores de los arts. 17 a 19 RIBis, que no prevén ninguna exclusión relevante a estos efectos. Tal situación conduce en la práctica normalmente a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor.

8. Los criterios de delimitación de los “contratos de arrendamiento de bienes inmuebles” a los efectos del art. 24.1º RIBis también constituirán un referente hermenéutico muy relevante de cara a la interpretación de esa misma categoría en el marco del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI), que la emplea en sus arts. 4.1º.c) y d), 6.4º.c) y 11.5º.

9. No obstante, esta coordinación al delimitar esas categorías contractuales no facilita la correlación entre tribunal competente y ley aplicable. El art. 6.4º.c) RRI excluye los contratos de arrendamiento de un bien inmueble del régimen de protección en materia de contratos de consumo, al que quedarían en principio sometidos también en materia de ley aplicable los contratos complejos de organización de una estancia. Ahora bien, en la medida en que conforme al art. 6.4º.a) RRI, el régimen de protección en materia de ley aplicable a los contratos de consumo no se aplica a los de prestación de servicios en los que los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto al de su residencia habitual, en la práctica será habitual que en contratos transfronterizos complejos de organización de una estancia, típicamente referidos a estancias en países diferentes del de la residencia habitual del consumidor, no resulte de aplicación el citado régimen de protección.

PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO *

45. CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA, EN EL ESTADO MIEMBRO REQUERIDO, DE DEFICIENCIAS SISTEMÁTICAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO Y EN LAS CONDICIONES DE ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (STJ 2ª 30 noviembre 2023, asuntos acumulados C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 y C-328/2: *Ministero dell'Interno*)

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

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

46. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DECLARANDO LA NO IDONEIDAD PARA UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL NO FUE ARBITRARIA, NI CARENTE DE MOTIVACIÓN (SAP A Coruña 6ª 1 septiembre 2022)

Observaciones: 1. Aún hoy en día, muchas personas desconocen que la adopción es un proceso jurídico que excede del ámbito de lo privado. Por este motivo, frecuentemente, se olvida que un niño no puede ser adoptado por cualquier persona y que, en consecuencia, no existe un derecho a adoptar por parte de los solicitantes de adopción, dado que no todos los posibles adoptantes reúnen las condiciones necesarias para ello. Resulta, por tanto, lógico que el Estado asuma el deber de verificar que la asignación de un menor a unos concretos adoptantes únicamente tenga lugar después de acreditar que los solicitantes reúnen las características necesarias, que garanticen que el niño se va a insertar en el entorno más adecuado para su educación y crianza.

Desde esta perspectiva, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del requisito de la idoneidad de los adoptantes se considera como un medio de defensa de los derechos de los niños y encontraría su justificación en la necesidad de seleccionar a aquellos sujetos más capacitados para ser padres adoptivos, a través de un procedimiento que así lo confirme. Este es el propósito del art. 5.a) CH 1993, al establecer, respecto de las adopciones internacionales cubiertas por el Convenio, la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que “los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar”. Lo mismo cabe decir del art. 10 LAI, que incorpora una definición de idoneidad y recoge las circunstancias que deben ser objeto de la valoración psicosocial; o del art. 176.2º Cc., que también explica los presupuestos a tomar en consideración en una valoración psicosocial. Igualmente y con idéntico objetivo, las Comunidades Autónomas han establecido reglas para el proceso de valoración y selección de las familias adoptivas.

Seguidamente, se realizará el comentario de la SAP A Coruña, Sec.6ª, de 1 septiembre 2022, en la cual se analizan algunas de las circunstancias que han de tomarse en consideración a la hora de llevar a cabo la valoración de la idoneidad de unos determinados adoptantes.

2. La SAP A Coruña resuelve el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en primera instancia, por la cual se desestima la demanda formulada en un proceso de oposición a la resolución administrativa dictada por la Directora Xeral de Familia, Infancia e Dinamización Xeográfica de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, el 28 febrero 2020, en la que se acordó declarar la no idoneidad sobrevenida para la adopción internacional en Honduras de una familia adoptante. El Juzgado “a quo” decreta la desestimación de la demanda por entender justificada la declaración de no idoneidad para la adopción internacional. Ello, tras ponderar las circunstancias existentes en el momento en que se dictó la resolución administrativa, exponer la legislación y jurisprudencia aplicables, y en particular, valorar los informes periciales de los equipos psicosociales, de donde se deduce que la convivencia de la pareja no es continuada y efectiva y que uno de los adoptantes no reside en Galicia.

3. Como motivos del recurso de apelación, la parte recurrente alega los siguientes:

1º) Infracción de los arts. 460.1º, 2º y 3º LEC, al no tomar en consideración la resolución apelada que los apelantes han aportado certificación matrimonial que, a su juicio, acredita su decisión de reforzar la convivencia;

2º) Infracción de lo dispuesto en los arts. 10.3º Ley de Adopción Internacional y 6 Ley de Derecho civil de Galicia, por juzgar arbitraria la valoración realizada por el equipo psicosocial del

IMELGA y el cambio de criterio por parte de la Administración. Y por entender que la expresión “convivencia habitual y efectiva” no es sinónimo de convivencia permanente;

3º) La parte recurrente argumenta que el requisito de la residencia sólo se puede exigir en el momento de presentación de la solicitud de adopción, no durante su tramitación.

4. En síntesis, la Audiencia Provincial rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada, sobre la base de los siguientes razonamientos:

1º) Entiende la Audiencia Provincial que el matrimonio es un hecho posterior a la decisión administrativa sobre la idoneidad, que no pudo ser valorado por los equipos técnicos de la Administración y por el equipo psicosocial del IMELGA. Por consiguiente, a juicio de la Sala, se trata de un dato que, además de que no acredita la convivencia continuada y efectiva de los miembros de la familia adoptante ni la residencia en Galicia del adoptante, en los términos requeridos por la normativa autonómica, tampoco puede tomarse en consideración en un proceso cuyo objeto es examinar si aquella decisión, en su momento, estaba justificada. Más aún, según observa la Audiencia, cuando no se ha solicitado la práctica de prueba pericial en segunda instancia. En este punto, la Sala razona que se han de tener en cuenta las circunstancias concurrentes cuando se produjo la decisión de la entidad pública competente y atiende a la vigencia temporal de la declaración de idoneidad o de no idoneidad y de los informes que le sirven de base, de acuerdo con el art. 10.3º LAI y el art. 81 Decreto autonómico 42/2000, de 7 de enero.

2º) La Sala estima que no se ha producido la alegada vulneración de los arts.10.3 LAI y 6 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Ello, conforme manifiesta el Tribunal “ad quem,” toda vez que la adopción objeto de autos es una adopción internacional, en la cual el adoptando no se encuentra en Galicia y habida cuenta que la declaración de inidoneidad impugnada trae causa del examen realizado una vez transcurridos tres años desde la anterior declaración de idoneidad. Igualmente, la Audiencia considera que la nueva valoración cumple con los requisitos del art. 10.2º LAI y que la decisión de la Entidad Pública no puede tildarse de inmotivada o arbitraria, por el hecho de que anteriormente fuese declarada la idoneidad de los recurrentes y ahora no lo sea, puesto que las circunstancias han cambiado. En especial, vuelve a recalcar la Sala que de lo actuado se desprende que uno de los adoptantes se encuentra empadronado en Palama de Mallorca y realiza el trabajo en dicha isla, así como que los adoptantes sólo comparten residencia durante los periodos vacacionales, festividades y algún fin de semana. Todo esto conduce al Tribunal a concluir que no se cumple en el presente caso el requisito de la residencia habitual de los adoptantes en Galicia.

La Audiencia fundamenta sus conclusiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, recuerda la Sala que el Alto Tribunal ha dejado bien sentado que la LAI concibe la adopción internacional como una medida de protección de menores y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Entre dichas garantías, se encuentra, como indica el Tribunal, el que los adoptantes gocen de idoneidad, así como el mecanismo para garantizar que dicha idoneidad concurre al verificarse una concreta adopción internacional; sin que las aspiraciones de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, constituyan un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa.

Igualmente, el Tribunal *ad quem* trae a colación la definición de idoneidad de los arts.10.1º LAI y 176.3º Cc. y pone de manifiesto que la idoneidad para la adopción requiere un plus respecto a la idoneidad habitual para ser progenitores biológicos. Valorando todo ello, la Sala declara que la adopción conjunta genera la expectativa de una relación de convivencia continuada con los dos adoptantes, que no se puede sostener cuando los adoptantes residen en domicilios diferentes, situados en lugares lejanos, situación que hace imposible un trato cotidiano y continuado de los dos adoptantes con el adoptado. Consecuentemente, la Audiencia avala la decisión de la Administración gallega, que, por lo demás, se encuentra respaldada por los técnicos de la Administración y por el equipo psicosocial del IMELGA,

3º) El Tribunal *ad quem* desestima asimismo el último de los motivos aducidos en el escrito de apelación, sobre la base del art. 76.1º Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que regula los requisitos de las personas adoptantes y en cuyo apartado b) dispone que para poder ser adoptante es necesario residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. En este punto, entiende la Sala que el expresado requisito se debe cumplir cada vez que se proceda a una nueva evaluación y decisión de la idoneidad de los adoptantes, al mismo tiempo que insiste en que la anterior declaración de idoneidad perdió su vigencia por el transcurso de tres años.

La Sala indica que, ciertamente, el art.76.2º de la mencionada Ley prevé excepciones a la exigencia de que los adoptantes tengan su residencia habitual en Galicia, cuando “por carecer de familia idónea para un o una menor dentro de la comunidad autónoma, se considerase conveniente su adopción fuera de la misma”. Ahora bien, la Audiencia declara que el citado precepto no resulta de aplicación al supuesto sometido a su consideración, habida cuenta que la falta de idoneidad de los apelantes no implica que no haya otras familias idóneas dentro de la Comunidad Autónoma.

5. Tras el examen de los Fundamentos de Derecho de la SAP A Coruña, cabe concluir que los razonamientos de la Audiencia resultan plenamente acertados, por los motivos que a continuación se enuncian:

1º) Resulta obvio que, en relación con la capacidad de los adoptantes para adoptar, el requisito de idoneidad se exige igualmente en nuestro país en las adopciones nacionales e internacionales. Dicha exigencia tiene como finalidad garantizar que el adoptante seleccionado sea el que más se adapta a las necesidades y características del adoptado. No se trata, entonces, de un simple trámite administrativo, sino que su propósito es asegurar la adaptación del menor a la familia en la que va a crecer y evitar que se produzca el fracaso en la relación adoptantes–adoptando. Por este motivo, la declaración de idoneidad de los adoptantes es una condición esencial de obligado cumplimiento, que se toma en defensa de los derechos del menor, que, al fin y al cabo, son los que se consideran preferentes en materia de adopción. Estas consideraciones apoyan los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, que, por lo demás, ha interpretado correctamente la LAI y la doctrina del Tribunal Supremo sobre la misma, que, en materia de adopción, declara que el interés prevalente es el de los menores y que la exigencia de declaración previa de la idoneidad de los solicitantes para la adopción es un mecanismo para salvaguardar los derechos de los niños

3º) La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en su art. 10.1º, incorpora una definición de idoneidad, entendiéndola como la “capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.” Al mismo tiempo, el ap. 2, que establece la necesidad de una valoración psicosocial, matiza este concepto, al requerir que dicha valoración verse sobre “la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes”, así como su “capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”, a lo que debe añadirse cualquier otro extremo de utilidad en relación con la “singularidad de la adopción internacional.” Una descripción similar se contempla en el art. 176.2º Cc, puntualizando, además, que aquellos que se encuentren privados o suspendidos del ejercicio para la patria potestad o quienes tengan confiada la guarda de sus hijos a la Entidad Pública, no podrán ser declarados idóneos. De este modo, el legislador español vincula la idoneidad con la aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes a la patria potestad.

Ambos preceptos han sido aplicados adecuadamente por el Tribunal *ad quem*, que también ha dejado sentado que, en lo referente a la idoneidad de los adoptantes, es necesario exigir un plus respecto de la paternidad biológica. Ello, puesto que, por distintas circunstancias, la situación de partida de los posibles adoptantes es muy diferente a la de los progenitores por naturaleza, en

tanto que van a tener que enfrentarse a dificultades añadidas a las que, por si mismas, ya generan la paternidad o maternidad biológicas.

También resulta razonable la valoración que realiza la Audiencia de la situación familiar y relacional de los adoptantes, en tanto que pudiera influir en su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2º LAI.

4ª) Asimismo, es lógico que, habiendo caducado la anterior declaración de idoneidad por el transcurso de los tres años previstos en el art. 10.3º LAI, los datos a verificar, a los efectos de emitir la nueva declaración, sean los del momento en que se efectúa la nueva valoración de la idoneidad de los adoptantes. A este respecto, debe partirse de una premisa fundamental, cual es que el concepto de idoneidad no es algo “estático” sino “dinámico y relacional”. Por esta razón, el interés del menor no consiste en emprender el proceso de adopción de forma estandarizada, sino que debe configurarse como una propuesta particular, de manera que habrá de examinarse detenidamente la situación en que se encuentran los intervinientes en cada procedimiento adoptivo. Ello, teniendo en cuenta el contexto individual, familiar y social, específico de los adoptantes, lo que motivará en cada caso la solución más beneficiosa para el menor. En consecuencia, no deben ser considerados idóneos aquellos candidatos que no ofrezcan suficientes garantías para la correcta atención y cuidado de un menor o si las condiciones de la familia no son conformes con la regulación legal.

5ª) En último término, debe indicarse que el art. 10.4º LAI dispone que corresponde a las Entidades Públicas la declaración de idoneidad de las personas que se ofrecen para la adopción a partir de la valoración psicosocial a la que se refiere el ap. 2, que estará sujeta a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en la legislación correspondiente. Por consiguiente, la Audiencia Provincial actúa conforme a derecho al desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, entre otros motivos, porque uno de los adoptantes no tiene su residencia habitual en Galicia, sino en Palma de Mallorca. Ello, por cuanto la decisión de la Entidad Pública competente de la Comunidad Autónoma de Galicia cumple con las exigencias de legislación gallega aplicable al caso (art. 76 Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia), que, para poder adoptar, requiere residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin que, en el caso examinado, concurran las excepciones previstas en la misma.

María Jesús SÁNCHEZ CANO *

47. SE INADMITE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE UN AUTO EN EL QUE SE ACORDÓ UNA ADOPCIÓN, BAJO LA ALEGACIÓN DE QUE EN EL EXPEDIENTE DE LA PATERNIDAD SE LE HABÍA RECONOCIDO A LA MENOR EN VENEZUELA (SAP Lugo 1ª 3 abril 2023)

48. CON CARÁCTER GENERAL LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL TAMBIÉN ES APLICABLE A LA ADOPCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD (AAP Barcelona 18ª 26 abril 2024)

Observaciones: 1. En la actualidad, lo más frecuente es que las adopciones internacionales cuya constitución se insta ante las autoridades españolas sean las de menores de edad. No obstante, la adopción de personas mayores de edad y emancipadas se encuentra igualmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el art. 175.2º Cc permite, de manera excepcional, la adopción de mayores de edad o emancipados, siempre que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año. Del mismo modo, la adopción de personas mayores de edad o emancipadas se encuentra regulada en el art. 235–33 del Código de Derecho

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad San Jorge.

Civil de Cataluña, en aquellos casos en que el adoptando haya convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido catorce años o si ha estado en situación de acogimiento preadoptivo, al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores al cumplimiento de la mayoría de edad o a la emancipación, y ha continuado conviviendo con él sin interrupción. Ambos preceptos pretenden garantizar uno de los principios fundamentales en los que se asienta la institución adoptiva, cual es el de la integración familiar.

Sin embargo, la presencia de un elemento internacional en la adopción, siendo el adoptando mayor de edad o emancipado, suscita ciertas cuestiones controvertidas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, que deberán ser resueltas por nuestros tribunales en el momento de proceder a su constitución. Y en este sentido, una de las preguntas más usuales que surgen es si las normas de Derecho Internacional privado que regulan la adopción incluyen a la adopción de mayores de edad o emancipados. A continuación, al hilo del AAP Barcelona nº 134/2023, de 26 de abril, se abordarán algunos de los inconvenientes con los que se encuentran nuestros tribunales respecto de este tipo de adopciones, desde un punto de vista internacional-privatista.

2. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto del presente comentario resuelve un recurso de apelación formulado frente a la resolución dictada en primera instancia, por la que se acuerda denegar la constitución de la adopción de cinco personas mayores de edad, instada por el cónyuge de la madre de los adoptandos. De los antecedentes de hecho del caso, se desprenden los siguientes extremos:

1º) La ley personal de los adoptandos es la ley de Pensilvania–

2º) Adoptante y adoptandos habían iniciado la convivencia con el apelante en el año 2016.

3º) En el momento de iniciarse la convivencia, cuatro de dichos adoptandos ya habían alcanzado la mayoría de edad y el menor de ellos tenía 16 años.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, el Auto apelado fundamenta su negativa a constituir la adopción en que, en el caso de autos no se cumplen las exigencias del art. 235– 33 del CCCat, que requiere una situación de convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptandos anterior a haber cumplido 14 años de edad.

3. En síntesis, son dos los motivos en los que el recurrente fundamenta su recurso de apelación:

1º) Por un lado, la existencia de error en la determinación de la ley aplicable, con cita del art.9 Cc.

2º) Y por otro, entiende el recurrente que resulta de aplicación el art. 19.1 LAI, que envía a la ley nacional de los adoptandos para determinar la capacidad y los consentimientos de la adopción.

4. En resumen, la Audiencia Provincial de Barcelona observa que el art.9.5 Cc remite a la LAI, cuyo ámbito de aplicación razona la Sala que no está claramente delimitado. Ahora bien, el Tribunal *ad quem*, apoyándose en los preceptos de la LAI, y en especial, en la definición de adopción internacional del art. 1.21 LAI, así como en su Exposición de Motivos, concluye que el ámbito de aplicación de la LAI sólo ampara a las adopciones de menores de edad. No obstante, la Audiencia aprecia que un sector de la doctrina internacionalprivatista sostiene que la adopción de mayores de edad se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la LAI, con la particularidad de que los preceptos previstos para la adopción de menores no han de aplicarse a las adopciones de mayores de edad o personas emancipadas.

Vistos los fundamentos del Tribunal *ad quem*, nada hay que objetar a la argumentación de la Audiencia respecto al art. 9.5º Cc, que, a su vez, remite a la LAI. Igualmente correctos son los razonamientos de la Audiencia en relación con la opinión de aquellos representantes de la

doctrina, que defienden que las adopciones de mayores de edad se encuentran cubiertas por el ámbito material de la LAI.

Por el contrario, resulta cuestionable la fundamentación de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, sobre la base de la noción de adopción del art. 1.2º LAI, referente a las adopciones transfronterizas, alcanza la conclusión de que la LAI no contempla las adopciones de mayores de edad o personas emancipadas. Se olvida en este punto la Sala del concepto de adopción recogido en el art. 1.1º LAI en relación con el Título II, en cuya virtud, quedarían amparados “aquellos supuestos en los que exista algún elemento extranjero”. El error no es baladí, puesto que la adopción sometida a la consideración de la Audiencia no era una adopción transfronteriza, debido a que tanto el adoptante como los adoptandos tenían su residencia en España, concretamente en Cataluña, al tiempo de la adopción, y además, conforme a los datos presentes en el auto examinado, la adopción cuya constitución se solicitaba presentaba al menos un elemento extranjero, derivado de la nacionalidad estadounidense de los adoptantes (Pensilvania).

5. La Sala prosigue resolviendo que, a su entender, no concurren en el supuesto de autos las exigencias previstas en la ley y declara aplicable el CCCat, sobre la base de que el adoptante y los adoptandos tienen su residencia habitual en dicha Comunidad Autónoma. Deduce, asimismo, el Tribunal *ad quem* que la respuesta no variaría de aplicar la LAI o el art. 9.4º Cc, que opera respecto de la determinación de la filiación por naturaleza y cuyos efectos considera la Sala similares. Semejante argumentación, además de confusa, resulta equivocada, por los siguientes motivos:

1º) Con carácter previo a declarar de aplicación de la ley catalana, la Audiencia debió haber recurrido a la correspondiente norma de conflicto que designase la ley aplicable a la constitución de la adopción. Recuértese aquí el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas y la consiguiente obligación de los Tribunales españoles de aplicarlas de oficio (art. 12.6º Cc).

2º) Tampoco es atinada la mención del art.9.4º Cc, precepto este último que no viene al caso, habida cuenta que tiene por objeto la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza, y toda vez que el Código Civil dedica el art.9.5º Cc específicamente a la adopción, aunque sea como mera norma de remisión a la LAI.

6. Asimismo, en respuesta a la solicitud del apelante, que invoca la aplicación de la ley de Pensilvania–ley personal de los adoptandos–en cuanto a la capacidad y consentimientos, de acuerdo con el art. 19 LAI, la Sala insiste en que, en virtud del art. 18 LAI, la ley aplicable a la constitución de la adopción sería la española, en tanto que los adoptandos residen habitualmente en España en el momento de la adopción y no se cumple el requisito de la convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptandos desde antes de que estos cumplieran los 14 años. De nuevo, hierra la Audiencia en su planteamiento, puesto que ni tan siquiera se ha pronunciado acerca de si en el supuesto enjuiciado se cumplen los presupuestos del art. 19.1º LAI para que pueda aplicarse la ley personal de los adoptandos (ley de Pensilvania) en relación con su capacidad. Ciertamente es que, como indica la Audiencia, el art. 18 LAI conduce a la aplicación de la ley española a la constitución de la adopción, habida cuenta que tanto los adoptandos como el adoptante residían en nuestro país en ese momento. Sin embargo, el Tribunal *ad quem* no ha tomado en consideración que el art. 19.11º LAI excluye la aplicación de la ley sustantiva española en cuanto a la capacidad del adoptando y los consentimientos de todos los sujetos intervinientes en dos concretos supuestos. En este sentido, no teniendo los adoptandos su residencia fuera de España al tiempo de la adopción, resulta obvio que no se cumple lo dispuesto en el art. 19.1º.a). Ahora bien, sí que concurren en el caso de autos los requisitos del apartado b) del art. 19.1º LAI, porque los adoptandos son mayores de dieciocho años y en consecuencia, aun siendo español el adoptante (dato que se desconoce), según el art. 19.1º Cc, no adquirirían la nacionalidad española de origen desde la adopción.

7. En último término, la Sala razona que procede la desestimación del recurso de apelación con fundamento en que la adopción solicitada resulta ajena a la finalidad de la institución

adoptiva, tal como se configura en nuestro Derecho sustantivo, que, con fundamento en el antiguo principio *adoptio imitatur naturam*, y tratándose de adopciones de mayores de edad o emancipados, requiere la convivencia entre adoptante y adoptando previa a la mayoría de edad de éste, en tanto que dicha situación acredita su integración familiar. Sobre este particular, resulta oportuno hacer una serie de consideraciones:

1ª) Tiene razón la Audiencia en que, conforme a la ley sustantiva española, no es posible que las autoridades españolas decreten una adopción de un mayor de edad fuera de los casos excepcionales previstos en el art. 175.2º Cc o en el art. 235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña.

2ª) Ciertamente es que el propósito de dichas normas consiste en garantizar la integración familiar, tal como se recoge en el Auto que resuelve el recurso de apelación.

3ª) Sin embargo, habiendo alegado el recurrente que la ley personal de los adoptantes era la ley de Pensilvania, la misma resultaba de aplicación a la capacidad de los adoptantes, conforme al art. 19.1º LAI, que es de aplicación imperativa para nuestros tribunales, siempre que se cumplan los presupuestos de dicho precepto.

4ª) Por tanto, el Tribunal *ad quem* debió verificar si dicha ley permitía la constitución de la adopción de personas mayores de edad o emancipadas en supuestos distintos de los previstos en la legislación española, en cuyo caso, debería haber procedido a decretar la adopción, independientemente de que hubiera tenido lugar esa situación de convivencia ininterrumpida previa a la mayoría de edad entre el adoptante y el adoptando, con anterioridad a haber cumplido éstos los catorce años, exigida por el art. 235-33 del CCCat.

5ª) Tampoco tuvo en cuenta la Audiencia Provincial que la LAI contempla dos excepciones que hubieran permitido a la Sala descartar la aplicación de la ley de Pensilvania—ley nacional de los adoptandos—:

a) La primera de ellas, en aras de la armonía internacional de soluciones, con fundamento en el art. 19.2º LAI, de haber considerado el Tribunal que la aplicación de la ley de Pensilvania no favorecía la validez de la adopción en el país del cual son nacionales los adoptandos, evitando así la constitución de una adopción claudicante.

b) Y en segundo lugar, en el supuesto de que dicha ley, designada por el art. 19.1º LAI, resultase contraria al orden público internacional español, conforme al art. 23 LAI. Ello, sin que hubiera sido posible alegar que se produciría tal vulneración de nuestro orden público internacional, por el mero hecho de que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española discrepase de lo dispuesto en el art. 175.2º Cc o en el art. 235-33 CCCat.

8. En definitiva, el iter argumentativo de la Audiencia Provincial de Barcelona resulta discutible. Lo más lógico hubiera sido que, partiendo del art. 1.1º LAI, el Tribunal *ad quem*, hubiera concluido que la adopción internacional de mayores de edad entra dentro del ámbito de aplicación material de la LAI, aplicando después los arts. 18 y 19 LAI a la constitución de la adopción. La Sala debió valorar si concurrían los presupuestos para que operase lo dispuesto en el art. 19.1º Cc, lo que le hubiera permitido acreditar si resultaba de aplicación la ley de la nacionalidad de los adoptandos. en lo referente a su capacidad. Así, en el caso de que la ley de Pensilvania hubiera permitido la adopción de mayores de edad al margen de las prohibiciones del art. 235-33 CCCat, el Tribunal hubiera tenido que descartar la aplicación del citado precepto y en consecuencia, estimando el recurso de apelación, debería haber procedido a decretar la adopción

María Jesús SÁNCHEZ CANO *

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad San Jorge.

49. CONDENA POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ADOPCIÓN EN KAZAJTAN A UNA ENTIDAD COLABORADORA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (SAP Gran Canaria 5ª 28 abril 2023)

50. DENEGACIÓN DE UNA SOLICITUD DE ADOPCIÓN EN ESPAÑA CUANDO TODOS LOS INTERESADOS RESIDEN EN MÉXICO Y TODOS TIENEN LA NACIONALIDAD MEXICANA (AAP Barcelona 18ª 13 septiembre 2023)

ALIMENTOS

51. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE PARA FIJAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO UNO DE LOS HIJOS SE ENCUENTRA EN MARRUECOS (SAP Barcelona 18ª 16 junio 2022)

52. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N.º 4/2009 A UNA PENSIÓN COMPENSATORIA SOLICITADA POR UNA NACIONAL ARGENTINA (SAP Madrid 24ª 8 julio 2022)

Observaciones: 1. Resulta sumamente grato encontrar resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales españoles aplican de forma correcta un instrumento tan complejo como el Reglamento (CE) n.º 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. La SAP Madrid 8 julio 2022 acierta en su razonamiento al considerar la pensión compensatoria como “obligación de alimentos”; fijar la competencia judicial internacional en los foros generales del art. 3 del Reglamento y determinar la ley aplicable conforme a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

2. Mediante Sentencia de 15 noviembre 2021 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 5 de Madrid declaró la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre D. Camilo y Dña. Bernarda, celebrado en dicha localidad en julio de 2015, y denegó la pensión compensatoria solicitada por la esposa. El recurso de apelación impugnando esta denegación fue desestimado por la AP de Madrid en la Sentencia que pasamos a comentar.

3. Tras recordar en el Fundamento Jurídico Primero que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, la Audiencia analiza la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la pensión compensatoria solicitada por Dña. Bernarda. La presencia en el supuesto litigioso de un elemento internacional (o, en palabras de la AP, un “elemento de extranjería”), como es la nacionalidad argentina de la esposa, justifica la aplicación del Reglamento (CE) n.º 4/2009, al cumplirse sus presupuestos. En primer lugar, en cuanto a su *ámbito material*, el Reglamento se aplica “a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad” (art. 1.1º), quedando relegada a la legislación de cada Estado miembro, incluidas sus normas de Derecho internacional privado, el establecimiento de esas relaciones familiares. El concepto de “obligación de alimentos” no se define por remisión a la *lex fori* sino que, según su Considerando 11, debe interpretarse de forma autónoma incluyendo, como ha afirmado de forma reiterada el Tribunal de Justicia, la pensión compensatoria (*vid.* SSTJ de 6 marzo 1980, *De Cavel II*, C-120/79 y de 27 febrero 1997, *Van den Boogaard/Laumen*, C-220/95). Si es cierto que la pensión compensatoria no se limita a un simple derecho de alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio debe considerarse, a los efectos del Reglamento, como “obligación de alimentos”. Así lo ha entendido el TS (Sentencia de 17 febrero 2021, ECLI:ES:TS:2021:532, nota de M. Guzmán Zapater, “Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la STS de 17 febrero 2021”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 1108–1116), y así lo declara esta Sentencia de la AP Madrid (abundante es la jurisprudencia española en este sentido, *vid.* entre

otras, SAP Barcelona de 15 noviembre 2022, ECLI:ES:APB:2022:12347; SAP Madrid de 19 octubre 2021, ECLI:ES:APM:2021:11889; SAP de Palma de Mallorca de 19 octubre 2017, ECLI:ES:APIB:2017:1830; o SAP de León de 27 febrero 2015, ECLI:ES:APLE:2015:203). Por lo que se refiere al *ámbito de aplicación personal* la operatividad de los foros de competencia judicial internacional no depende del dato de la residencia habitual del demandado en un Estado miembro. El Reglamento (CE) n° 4/2009 contiene una regulación completa de la competencia judicial internacional descartándose la aplicación subsidiaria de los foros del derecho autónomo (Considerando 15). Y, desde un *punto de vista temporal*, la demanda se presentó en fecha posterior al 18 junio 2011.

4. Una vez descartado que las partes hubiesen elegido por escrito el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia de obligación de alimentos (foro de la sumisión expresa del art. 4.1º.c) que podría haber sido operativo al no concurrir ninguna de las limitaciones que a tal efecto se establecen), la AP de Madrid fundamenta la competencia judicial internacional en los foros generales del art. 3 del Reglamento. En concreto, y como se afirma, en este caso concurrían dos de ellos, pues en España reside tanto el demandado, como la acreedora de alimentos. Foro de la residencia habitual que se entiende referido al centro social efectivo donde se desarrolla la vida de la persona y que se justifica por el principio de proximidad. Además, y aunque no se mencione, la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles habría quedado fundamentada en el art. 3.c) al ser la reclamación de alimentos accesoria a una acción relativa al estado civil, la del divorcio.

5. Para determinar la ley aplicable el art. 15 del Reglamento remite al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, como bien sabe la Audiencia. La finalidad del Protocolo es armonizar las normas de conflicto en materia de obligaciones alimenticias por lo que la ley aplicable al establecimiento de la relación familiar, en la que se basa dicha obligación, seguirá determinándose conforme a las normas de cada Estado. En el presente supuesto no hubo elección de ley (arts. 7 y 8) por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla general del art. 3 del Protocolo, resulta aplicable la ley española al ser la residencia habitual de la acreedora. Con este punto de conexión queda garantizada la correlación *forum-ius*, a la vez que se permite establecer la obligación alimenticia teniendo en cuenta el medio social y las condiciones reales del país del acreedor (*vid. A. Bonomi, Informe Explicativo del Protocolo*, p. 14). Aunque el art. 5 del Protocolo establece una regla especial con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, no podría haberse barajado al tener los cónyuges su residencia habitual en España.

6. Sentado todo lo anterior la Audiencia considera que, como de forma reiterada ha sentado la jurisprudencia del TS, por desequilibrio debe entenderse

“un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”.

7. A tal efecto, la sentencia apelada analizó de forma detallada que no concurrían los presupuestos exigidos legalmente para acordar la pensión compensatoria solicitada por la esposa. En concreto, se valoró la duración del matrimonio, desde 2015 a 2020; su estado de salud, que no era definitivo puesto que estaba pendiente de rehabilitación; su escasa cualificación profesional, no imputable al matrimonio pues se casó con 55 años; que estuvo trabajando en el servicio doméstico, como ella misma reconoció, para enviar dinero a sus hijas a Argentina; y que el matrimonio no tuvo hijos comunes. El Sr. Camilo percibe una pensión bruta anual de 26.723,90

euros (1.625 euros netos sin prorrata de pagas extraordinarias) y la Sra. Bernarda un ingreso mínimo de 450 euros mensuales que había sido renovado por su situación de vulnerabilidad.

8. Siendo incuestionables los hechos descritos, que ya fueron valorados por el juez de instancia, considera la Audiencia que el desequilibrio no le vino producido por la ruptura matrimonial, sino que posiblemente la situación sería la misma si no hubiera contraído matrimonio en ese paréntesis temporal de 5 años. Por todo ello, el recurso de apelación quedó desestimado.

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

53. CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y APLICACIÓN DE OFICIO DE LA NORMA DE CONFLICTO EN UNA CRISIS MATRIMONIAL (SAP Barcelona 12^a 15 noviembre 2022)

Observaciones: 1. La Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un divorcio contencioso promovido a instancia de la mujer en el que se suscitan cuestiones vinculadas a la competencia judicial internacional y a la determinación de la ley española aplicable. El supuesto de hecho versa sobre un matrimonio formado por cónyuges de nacionalidad brasileña, residente en Barcelona desde hacía años, y con dos hijos menores de edad. Concurren en el supuesto las pretensiones típicas de una crisis matrimonial, esto es, la disolución del vínculo matrimonial, la responsabilidad parental, la pensión compensatoria ente cónyuges y la obligación de alimentos a los hijos, pero la AP de Barcelona se pronuncia únicamente sobre las pensiones alimenticias a los hijos y sobre la pensión compensatoria a raíz del recurso interpuesto por la mujer contra la sentencia dictada en primera instancia. Aunque se trata, en general, de una decisión bien resuelta desde la perspectiva de los sectores del Derecho internacional privado afectados y de los instrumentos aplicables, se observan algunas cuestiones que merece la pena precisar.

2. La primera cuestión a abordar es la de la competencia judicial internacional. En este sentido, un aspecto que debe tenerse en consideración es que, en atención a los instrumentos aplicables, se debía haber llevado a cabo un control de oficio de la competencia desde el inicio del procedimiento, en primera instancia. Este punto es relevante porque desconocemos si el Juzgado de Primera Instancia realizó ese control, pero puede deducirse de la resolución dictada por la AP que no hubo tal control en la medida en que, como se pone de relieve, "En el caso no ha sido discutida la competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de divorcio.", de lo que se puede inferir que ni las partes discutieron la competencia de los tribunales españoles ni el Juzgado de Primera Instancia se planteó si la jurisdicción española tenía atribuida la competencia, dando por hecho que tenía conferido el conocimiento. La AP intenta paliar esta carencia, pero debe subrayarse que esta comprobación debe realizarse al comienzo del proceso dado que, sin tener atribuida la competencia, no cabe tramitar el procedimiento. Debe además tenerse en cuenta que la verificación hay que efectuarla de acuerdo con el instrumento que corresponde aplicar para determinar la competencia de los tribunales españoles. En realidad, dada la fragmentación normativa con la que el legislador UE aborda la regulación de la competencia, especialmente acusada en materia de crisis matrimoniales, la verificación se realiza de acuerdo con *los instrumentos* que corresponde aplicar para determinar la competencia de los tribunales españoles. La AP se plantea si la jurisdicción tiene atribuida la competencia, pero, como se dijo, se hace a destiempo, y además solo respecto de los ámbitos en los que se ha interpuesto recurso, esto es, la disolución del vínculo matrimonial y la reclamación de la pensión

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla. Esta publicación es parte 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".

compensatoria, lo que constituye una verificación parcial que no abarca todos los asuntos que determinaron el nacimiento del proceso ya que no toma en consideración los criterios de competencia en materia de responsabilidad parental, que configuran también las peticiones que determinan el inicio del proceso. En definitiva, de conformidad con los arts. 17 y 10, respectivamente del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental y del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos, debe ser “el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento” el que debe comprobar la competencia para controlar que efectivamente tenga atribuida la competencia y que no la tenga atribuida un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, en cuyo caso deberá declararse de oficio incompetente, y este órgano es el Juzgado de Primera Instancia, no la AP. Por ello, sería recomendable que en la práctica jurisprudencial española las AP, o incluso en su caso el TS, pusieran de manifiesto que la comprobación de la competencia que a menudo realizan debía haberse llevado a cabo en el momento procesal oportuno, esto es al inicio del procedimiento, y ello, aunque la cuestión no haya sido objeto de impugnación y debate por las partes.

3. Otro ámbito al que debemos referirnos es el de la determinación de la ley española aplicable. La AP en el Fundamento de Derecho segundo se plantea no solo la competencia de los tribunales españoles (aunque únicamente respecto de las materias en las que se ha interpuesto el recurso) sino también la ley que rige estas materias. En este punto pueden efectuarse dos observaciones. Una tiene que ver con la infracción de los preceptos aplicables y la otra con la ley española a aplicar conforme a la designación de la norma de conflicto correspondiente.

4. Con respecto a la primera cabe considerar que el Juzgado de Primera Instancia aplicó directamente el *Codi Civil de Catalunya* (CCCat) y entendemos que sin recurrir a norma de conflicto. En efecto, ello explica que la AP declare *En conclusión, aunque el Juzgado no mencionó el Reglamento (CE) nº 4/2009 ni el Protocolo de la Haya de 2007, al aplicar la legislación propia del lugar de residencia, el Código Civil de Catalunya, no infringió los preceptos aplicables*. La observación es acertada porque, después de analizar la ley a la que conducen estos instrumentos –que después contrastaremos–, la AP constata que el Juzgado de Primera Instancia aplica la misma ley que correspondía aplicar en virtud los instrumentos aplicables. Sin embargo, el problema estriba en que los preceptos aplicables que no fueron infringidos eran aplicables de oficio. De nuevo, hubiera sido óptimo que la AP destacara la necesidad de que el Juzgado de Primera Instancia resolviera el supuesto teniendo en cuenta el componente transfronterizo que lo caracteriza porque, por lo que parece, ni ejerció un control de oficio la competencia, atendida la existencia de un elemento de extranjería y de las previsiones al respecto, ni tuvo presente que, a raíz de la presencia del factor internacional, debía aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español, en el que quedan comprendidas las normas de conflicto adoptadas en el derecho de la UE a las que están sujetas las autoridades españolas (así lo considera el TS –STS 17 abril 2015, ECLI:ES:TS:2015:1868–, quien declara que la obligación que deriva del art. 12.6 Cc se extiende también a las normas de conflicto de la UE –véase Fundamento de derecho séptimo *El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del Código Civil), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional–*, aunque lo cierto es que no puede decirse que tal obligación derive de un mandato del derecho de la UE, lo que explica que en otros Estados miembros se hubiera mantenido otra posición hasta hace bien poco –véase <https://conflictoflaws.net/2024/french-court-de-cassation-rules-again-on-duty-of-domestic-courts-to-apply-european-rules-of-conflict-on-their-own-motion/> y <https://eapil.org/2021/06/02/french-supreme-court-rules-on-ex-officio-application-of-eu-choice-of-law-rules/>, donde se pone de relieve que la obligación se fundamenta en el carácter y naturaleza del Reglamento UE, al ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro–).

Por consiguiente, no hubiera estado de más que la AP pusiera de manifiesto que sí hubo infracción del art. 12.6º Cc que obligaba al Juzgado de Primera Instancia a aplicar las normas de conflicto correspondientes, de lo contrario se diluye el tratamiento específico que el legislador quiere dar a los supuestos transfronterizos.

5. La segunda observación que quiere realizarse gira en torno a la ley española aplicable a las obligaciones alimenticias. Debe precisarse que, aunque la AP aplica el instrumento que corresponde y pese a que llega al resultado correcto sin infringir los preceptos aplicables, no aplica irónicamente las disposiciones procedentes. En efecto, no es el art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias el que *prima facie* debía ser aplicado sino el art. 4, si de las obligaciones alimenticias de los hijos menores de edad se trataba, o el art. 5, si de las obligaciones alimenticias entre los cónyuges se trataba. Si bien estas disposiciones pueden acabar remitiendo al art. 3, como es el caso. De esta manera, la conexión localizadora nos lleva a la ley de la residencia habitual del acreedor. Ahora bien, dado que los acreedores alimenticios tienen la residencia habitual en España, surge aquí el problema de establecer cuál de las leyes españolas es de aplicación puesto que el ordenamiento español es en esta materia plurilegislativo. Para ello hay que recurrir al art. 16.2º del Protocolo de La Haya, no al art. 16.1º como refleja la resolución de la AP. El ap. 2 prevalece sobre el ap. 1, de modo que hay recurrir primero las normas españolas para determinar cuál de las leyes españolas es de aplicación y solo en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del ap. 1, como se dispone el art. 16.2.b). La cuestión debe resolverse de acuerdo con un sistema de remisión indirecto. Sucede, no obstante, que se resuelve como si de una remisión directa se tratará. En efecto, la incorporación por referencia del Protocolo de La Haya de 2007 en el art. 9.7º Cc crea un círculo que, aunque uno no sabe si es vicioso o virtuoso, resuelve los problemas que podían surgir con la anterior redacción del art. 9.7º Cc a la hora de determinar la ley española aplicable en un supuesto internacional. Así, si la norma de conflicto interna, contenida en el art. 9.7º Cc por remisión del art. 16.1º Cc, es la misma que la norma de conflicto internacional es tanto como decir que las conexiones contenidas en esta última operan de manera directa para determinar qué ley española es de aplicación, y eso, paradójicamente, aunque se haya aplicado el sistema de remisión indirecto previsto en el art. 16.2º del Protocolo de La Haya.

6. En suma, la AP intenta paliar las carencias que tiene en origen la tramitación y resolución del procedimiento en primera instancia desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Se trata de unas cuestiones que en el presente caso no han determinado un mayor inconveniente, pero que, sin embargo, afectan a tres puntales de nuestro sistema: la comprobación de la competencia judicial internacional, la aplicación de oficio de las normas de conflicto y la determinación de la ley española aplicable cuando la designación conduce a la pluralidad normativa que caracteriza nuestro ordenamiento.

Albert FONT i SEGURA*

54. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA PARA LA FIJACIÓN DE ALIMENTOS A UN MENOR, CONCURRIENDO EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS CON MAYORES COSTES PARA EL HIJO EN ESPAÑA, SINO POR LOS GASTOS QUE SE ACREDITAN (SAP Barcelona 18ª 16 noviembre 2022)

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

ARBITRAJE

55. EL LAUDO APLICÓ LA NORMATIVA DE UN TRANSPORTE MULTIMODAL REGIDO POR EL CONVENIO CMR Y NO LA ALEGADA POR LA DEMANDANTE DE NULIDAD, VALORÁNDOSE LAS PRUEBAS REALIZADAS ATENDIENDO A DICHA NORMATIVA INTERNACIONAL (STSJ Madrid CP 1ª 11 octubre 2022)

Observaciones: 1. La STSJ Madrid 11 octubre 2022, ECLI:ES: TSJM:2022:12407 desestima la acción de anulación de laudo dictado por la Junta Arbitral de Transporte de Madrid planteada por la condenada al abono de los daños y perjuicios ocasionados por la avería de la mercancía transportada (ahora demandante). El laudo combatido trae causa como advertimos una reclamación formulada por activación del sistema de responsabilidad del transportista frente a la asegurado de la perjudicada. La demanda de nulidad planteada por la demandante sostiene como motivos de su impugnación la denuncia de las causales contempladas en los apartados a), c) y f) del art. 41.1º LA, concretamente que el convenio arbitral no existe o no es válido, que los árbitros han decidido sobre materias no sometidas a su decisión, y que el laudo es contrario al orden público.

2. Respecto al primero de los motivos o causas, estima la demandante que no existe convenio arbitral expreso entre las partes según lo dictaminado por el art. 38 LOTT puesto que entiende la Junta Arbitral debió aplicar lo dispuesto por la LNM y las Reglas de Haya Visby de 1924 para el transporte marítimo. Entiende la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid que dicha causa debe decaer puesto que el Convenio Arbitral existe al presumirlo de lo dispuesto por la legislación sobre el transporte terrestre (art. 38 LOTT) y la calificación jurídica efectuada sobre la tipología del contrato de transporte realizado por el Tribunal Arbitral no puede ser objeto de revisión mediante esta vía.

3. En cuanto al segundo de los motivos de nulidad esgrimidos por la demandante en relación a que los árbitros han decidido sobre cuestiones no sometidas a su decisión (art. 41.1º.c), entendiendo la demandante que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 277.2º LNM habiéndose aplicado por la Junta Arbitral el CMR a lo que consideró un transporte multimodal, una vez más la Sala interpreta que esta discrepancia es más propia de una apelación no estando permitida por el referido art. 41 LA.

4. Finalmente, y en relación ya el tercero de los motivos, la infracción del orden público por la inaplicación de la LNM en fraude de ley y la activación de la responsabilidad del porteador según lo dispuesto por la normativa imperante en materia de transporte de mercancías por carretera, entiende la Sala que no puede darse por acreditada la existencia de la intención de defraudar por Junta Arbitral mediante la utilización de normas inapropiadas.

Ante esta tesitura concluye la Sala en su sentencia que no concurre ninguna de las infracciones denunciadas a través de la demanda de nulidad articulada y rechaza la impugnación formulada en su integridad al carecer de un mínimo fundamento en derecho.

5. Expuesto lo que antecede, y siendo acertado el posicionamiento de desestimación de la acción planteada por el Tribunal, no es menos cierto que dicha resolución refleja cierta des-especialización en un sector y una materia jurídica altamente especializada. Salva, sin lugar a dudas este desacierto argumental, el impecable voto particular del Magistrado, el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santo Vijande. Un voto particular en el que se aclaran de forma jurídicamente impecable extremos que debieran haberse aclarado desde un inicio. El motivo principal de anulación no es otro que la pretensión de inexistencia de convenio arbitral, un convenio que existe por la presunción prevista en el art. 38.1º LOTT en el que para las controversias en materia de transporte terrestre de mercancías por cuantía inferior a 15.000 euros se presumirá que existe acuerdo de sometimiento a arbitraje de las Juntas Arbitrales de transporte siempre y cuando

ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubieran manifestado su voluntad en contra. De ahí la importancia, para la decisión del caso, de determinar en qué momento o fase del transporte multimodal se produce el daño, pues, de ser durante el transporte propiamente marítimo, no habría convenio arbitral según la presunción expuesta.

Y es desde aquí donde el voto particular discrepa del resto de la Sala puesto que para la mayoría de la Sala la tónica presente en el análisis de los tres motivos antes expuestos es que la nulidad arbitral no es acción que permita, al modo de una apelación, la revisión completa del material de hecho y de derecho ya considerado por la Junta Arbitral. Sin embargo, el magistrado discrepante entiende correctamente apoyado en jurisprudencia constitucional consolidada, además de en doctrina científica consolidada (con expresa mención al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas), que la Sala no puede limitarse a constatar una dispar valoración de la prueba entre el reclamante de nulidad y la efectuada por la Junta Arbitral para, en relación causal, excluir cualquier atisbo de nulidad, sino que el control jurisdiccional del laudo sí abarca el ejercicio del análisis de arbitrariedad de la resolución arbitral, pudiendo estimarse la acción de anulación basada en el orden público si el razonamiento del laudo es ilógico o absurdo, con errores groseros y patentes en la apreciación o calificación de los hechos así como las interpretaciones o valoraciones arbitrarias, irrazonables, ilógicas, absurdas o manifiestamente erróneas (cuestión que por otra parte no aflora en este caso), de tal manera que si el órgano judicial no lo apreciase así, sería el propio Tribunal de Justicia quien vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Es incuestionable, pues, a la luz de la doctrina expuesta que al Tribunal compete verificar si el laudo incurre en manifiesta arbitrariedad en la valoración de la prueba por contener razonamientos ilógicos y contradictorios.

6. Desde luego, la verificación cabal de si existe o no convenio arbitral y si éste es válido o no debe hacerse comprobando los extremos fácticos y jurídicos de los que dependan tal existencia y validez, cuestión que compete a la Sala, pues de no ser así, para el caso en el que los daños que han generado la avería en la mercancía transportada hubiesen afluído en la fase marítima del trayecto la apreciación de la existencia de convenio arbitral sería abiertamente contraria al art. 24.1º CE. Desde luego una materia puede ser arbitrable pese a que en su normativización u ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas, pero en contraposición también es indiscutible en materia de arbitrabilidad que el árbitro, Junta o Tribunal arbitral deben aplicar las normas imperativas que regulen tales cuestiones o aspectos de la concreta materia de la que se trate, puesto que de no hacerse se estaría infringiendo el orden público y el laudo incurriría en causa de anulación.

7. Pero es que además esto es así, en este caso, puesto que de los documentos obrantes la Junta Arbitral considera acreditado que los daños se generan en un momento posterior a la fase marítima, una vez la mercancía está en el puerto de Valencia tras producirse el vaciado y en el camino hacia los almacenes para su depósito y espera de su traslado por vía carretera hasta Elche. Es decir, el trayecto del puerto a los almacenes, así como el trayecto desde Valencia a Elche es un transporte nacional para el transportista efectivo.

8. Así, expuesto lo anterior, cabe a su vez realizar varias precisiones de indudable importancia técnica, en primer lugar, la Sala reitera en varias ocasiones la aplicación del CMR de 1956 y el desplazamiento de la aplicación de la normativa marítima internacional imperante, y sin embargo, como acertadamente concluye el voto particular y la Junta Arbitral de transporte, la norma de aplicación a la activación del sistema de responsabilidad del transportista por la avería de la mercancía transportada y la activación del arbitraje ante la Junta Arbitral encuentra acomodo en la normas de origen interno españolas (LCTTM y LOTT) y no en el citado texto internacional.

9. En efecto, el CMR de 1956 según los hechos obrantes en la resolución referida no sería en ningún caso aplicable en este supuesto ya que el transporte de la mercancía se efectuó por vía marítima mediante contenedores y, como es sabido, del art. 2 del Convenio CMR se interpreta claramente que dicha norma internacional de carácter imperativo no es aplicable al transporte

de contenedores en el que intervienen modos distintos al de carretera. El CMR regula los transportes por superposición de modos en los que un vehículo por carretera sin ruptura de carga se carga sobre otro correspondiente a un modo distinto. El propósito de este art. 2.1º es integrador y con una clara finalidad, extender la aplicación del CMR a las operaciones de transporte en las que intervengan otros transportistas en otros modos, pero únicamente en el supuesto referido y con unos condicionantes muy claros en cuanto a la remisión al Convenio aplicable al otro modo. De tal manera que, si el daño generado a la mercancía hubiese sido causado durante el transporte no realizado por carretera o habiendo sido causado por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera, en tal caso la responsabilidad del transportista sería determinada por las normas imperantes para determinar la responsabilidad del transportista que no efectúa el transporte por carretera.

10. Dicho esto, queremos volver a reiterar lo imprescindible de la especialización para el sector del Derecho del transporte en general y del Derecho del transporte por carretera en particular para nuestro siglo.

Unai BELINTXON MARTÍN*

56. DENEGACIÓN DE UNAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS EN EL CURSO DE UN ARBITRAJE AAA EN NUEVA YORK POR NO JUSTIFICARSE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO (AAP Madrid 14ª 15 noviembre 2022)

57. LA ANULACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR EL PRETENDIDO DEFECTUOSO EMPLAZAMIENTO COMO DEMANDADO DEL ESTADO DE MALASIA, EN ABSOLUTO PREJUZGA LA INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL (ATSJ Madrid CP 1ª 1 diciembre 2022)

58. DENEGACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PARÍS (SAP Madrid 9ª 19 diciembre 2022)

59. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL CCI DICTADO EN ZÚRICH TRAS VERIFICARSE QUE NO CONTIENE UNA MOTIVACIÓN INCOHERENTE, ILÓGICA, ABSURDA Y ARBITRARIA SOBRE EL FONDO DE LA CUESTIÓN (ATSJ Madrid CP 1ª 8 marzo 2023)

Observaciones: 1. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 8 marzo 2023 ha procedido a reconocer un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional dictado en Zúrich, desestimando así los motivos de denegación del reconocimiento alegados por la parte que se opone a su reconocimiento y su ejecución, entre los que se encontraba que la motivación del laudo era incoherente, ilógica, absurda y arbitraria (ATSJ Madrid CP 1ª, 8 marzo 2023 (CENDOJ 28079310012023200015) (ECLI:ES:TSJM:2023:17A)).

La demandante BITPANDA creó a mediados de 2019 una plataforma, el sitio de intercambio “Bitpanda Pro”, en el que compradores y vendedores experimentados comerciaban con activos digitales. BITPANDA y la demandada GLOBALSTAR celebraron una serie de acuerdos de creador de mercado designado a partir octubre 2019, y, más concretamente, suscribieron el 5 mayo 2021 un Contrato de Creador de Mercado Designado que regulaba el préstamo y la devolución de una serie de activos digitales proporcionados por BITPANDA a GLOBALSTAR.

Así que, llegado el momento de devolver los activos digitales por parte de GLOBALSTAR en virtud de los términos del acuerdo mayo 2021, ésta no procedió a dicha devolución, lo que motivó la interposición por parte de BITPANDA de una solicitud de arbitraje ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; dado que habían sometido sus posibles controversias a dicha

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Pública de Navarra.

institución arbitral. En el procedimiento arbitral demandante y demandada participaron activamente y con plenitud de posibilidades de alegación y prueba.

El árbitro designado al efecto dictó el laudo final el 6 mayo 2022, en el que el árbitro único es competente para dirimir la reclamación principal de BITPANDA y la reconvencción de GLOBALSTAR, en la medida en que sendas reclamaciones se relacionaban con activos digitales y/o monedas fiduciarias que estaban sujetas al acuerdo mayo 2021. En el mismo se ordena a Globalstar que devuelva una serie de activos digitales a BITPANDA que se detallan en el laudo, depositándolos en la cuenta de Bitpanda Pro, propiedad de BITPANDA, el día siguiente a la fecha de notificación del laudo. También se distribuye en el laudo la compensación por los honorarios de abogados y gastos legales entre las partes, en el que se le reclama una cantidad superior a GLOBALSTAR.

Por todo ello, GLOBALSTAR presenta un escrito de oposición, en el que, en primer lugar, formula dos objeciones de índole procesal, si bien no se pasan a analizar, porque son rechazadas por el TSJ de Madrid al señalar que llegan a rozar lo absurdo, aunque de manera breve justifica por qué no son admitidas.

En cuanto a los motivos de denegación del exequatur que son alegados por la parte demandada GLOBALSTAR y que son objeto de análisis son los siguientes: a) No haberse aportado ni el original del laudo debidamente autenticado, legalizado o apostillado, ni una copia que reúna las condiciones para su autenticidad (art. IV.1º.a) Convenio de Nueva York de 1958 y art. 54.4º.a) LCJIMC); b) No haberse aportado ni el original del convenio arbitral ni una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad (art. IV.1º.b) Convenio de Nueva York de 1958); c) El laudo se refiere a una disputa no prevista en el convenio arbitral al pronunciarse sobre los Acuerdos PANTOS y BEST y sus Modificaciones respecto de los cuales el Árbitro Único se ha declarado incompetente (art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958); d) El laudo presenta una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre el fondo de la cuestión que supone una vulneración del orden público (art. V.2º.b) Convenio de Nueva York de 1958 en relación con el art. 9.3º CE); e) El laudo adolece de una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre la imposición de costas que supone una vulneración del orden público (art. V.2º.b) Convenio de Nueva York de 1958 en relación con el art. 9.3º CE).

2. En primer lugar, se debe aclarar que, para España, el Convenio de Nueva York de 1958 tiene carácter erga omnes, es decir, que el convenio se aplica con independencia del Estado en el que se hubiera dictado el laudo y el Estado del que es nacional el demandante del mismo (art. I.3º y art. X.1º Convenio de Nueva York de 1958).

Efectivamente, tal y como señala el TSJ Madrid, el Convenio de Nueva York de 1958 contempla un sistema muy favorable al reconocimiento y exequatur de los laudos arbitrales extranjeros porque la mayor parte de las causas de denegación deben ser alegadas por la parte demandada (art. V). Se manifiesta, además, el objetivo de favorecer en mayor medida el reconocimiento del laudo extranjero en que el Convenio de Nueva York de 1958 establece un número muy limitado de motivos de denegación del reconocimiento (art. V); se permite expresamente el reconocimiento del laudo arbitral recurrido en el país de origen (art. VI); y el juez del reconocimiento dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

Pues bien, el TSJ de Madrid rechaza los dos primeros motivos alegados por GLOBALSTAR, en relación a la aportación del original del laudo debidamente autenticado, legalizado o apostillado, o una copia auténtica; así como a la aportación del original del convenio arbitral o una copia auténtica, en virtud del art. IV.1º.a) Convenio de Nueva York de 1958. El TSJ de Madrid considera en contra del criterio de la demandada que los documentos aportados son válidos, pero, en caso de que no fuera así, los requisitos formales (copia autenticada y traducción) de dichos documentos para la obtención del reconocimiento del laudo son subsanables, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Auto de 17 noviembre 2011 (RJ\2012\540).

Así, el art. IV.1º.a) del Convenio de Nueva York de 1958 no especifica cómo llevar a cabo la “debida autenticación de la sentencia arbitral”. En principio, y dado que el precepto incorpora la palabra “debidamente” y no “legalmente”, el tribunal competente para librar el exequatur puede valorar, de manera libre, si el original presentado ha sido debidamente autenticado, esto es, si ha sido presentado con garantías de autenticidad. En este sentido, el TSJ de Madrid considera que el documento en el que se incorpora el laudo cumple con el requisito de forma, al tratarse de una copia certificada que está protocolizada notarialmente en Viena y con apostilla de la autoridad austríaca competente, según el Convenio de la Haya de 1961.

En cuanto a que no existe un convenio arbitral válido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido defendiendo una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje; de tal modo que pueda deducirse, que la cláusula de arbitraje era conocida por las partes mediante su aportación en el acto de la vista, al no oponer objeción alguna a sus términos (FD II ATSJ Cataluña nº 127/2011, de 17 noviembre (RJ\2012\540)). En esta misma línea, el TSJ de Madrid otorga especial relevancia al hecho de que, constando la cláusula arbitral reproducida en la copia apostillada del laudo, además de la que figura en el contrato, ni se niega su existencia, ni una vez aceptada, se cuestiona su validez en ningún momento por la demandada. En este sentido, en ningún momento ha sido cuestionada la cláusula arbitral en sentido propio en el arbitraje, ni en esta sede, por GLOBALSTAR.

3. En lo que respecta al tercer motivo de denegación señalado por GLOBALSTAR, que es que el laudo se refiere a una disputa que está fuera del ámbito de aplicación del convenio arbitral, en virtud del art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958, también ha sido desestimado por el TSJ de Madrid.

El TSJ de Madrid aclara que los párrafos cuestionados del laudo, que GLOBALSTAR considera que el árbitro no tenía que haber realizado, no son sino parte de una interpretación contextual de la literalidad del Acuerdo mayo 2021, perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento. Estas consideraciones del árbitro no pueden confundirse con un pronunciamiento *extra petitum* sobre controversia alguna derivada de los Acuerdos BEST y PANTOS, que son otros acuerdos firmados anteriormente por las partes y que no estarían cubiertos por la cláusula compromisoria inserta en el Acuerdo mayo 2021.

4. Por último, en cuanto a los dos últimos motivos de denegación señalados por GLOBALSTAR, que se refieren a la arbitrariedad de la motivación del laudo, lo cual implica una infracción del orden público, en virtud del art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958, también son desestimados.

En primer lugar, señala que el laudo contiene una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre el fondo de la cuestión y, en particular, cuando concluye “la obligación de GLOBALSTAR de devolver a BITPANDA determinados activos digitales sobre la base de una devolución token por token y en la que se le imputa la legitimación pasiva *ad causam* de los Acuerdos GLOBALSTAR UK y de la Modificación (TRX) junio 2021”.

El TSJ de Madrid recuerda que el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias ha incidido en la correcta delimitación del concepto de orden público, ratificando el criterio legal y doctrinal contrario a su entendimiento expansivo (SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 65/2021, de 15 de marzo; 50/2022, de 4 de abril; y 79/2022, de 27 de junio). Por lo tanto, las infracciones del orden público reconocidas en dicha jurisprudencia alcanzan a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba. También atentaría contra el orden público internacional la arbitrariedad de la resolución arbitral, cuando el razonamiento es ilógico o absurdo.

Así reitera el TSJ de Madrid las dos vertientes que comprenden el concepto de orden público, que son su vertiente material y su vertiente procesal. En cuanto al orden público material, se

definiría como el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, regulan las materias en un ordenamiento jurídico. En relación al orden público procesal sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores procesales en un ordenamiento jurídico.

En este sentido, la STC nº 65/2021, de 15 de marzo señala que: "(...) excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior". Por lo tanto, si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad, o no ser reconocida, amparándose en la noción de orden público.

Así, en la sentencia de esta Sala 66/2021, de 22 de octubre, ésta es contundente al afirmar que se infringiría la Constitución si no se comprobase que el razonamiento de los laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, siendo esto también exigible a la motivación del juicio de hecho, es decir, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la *ratio decidendi*.

Si bien, esta interpretación del orden público no encaja bien con el principio de ausencia de revisión del fondo que rige el Convenio de Nueva York de 1958, tal y como señala también el TSJ de Madrid, pero en un Auto de 9 marzo 2022. Al respecto añade que lo único que se puede controlar del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al resultado final alcanzado. En este sentido, cuando las partes aceptan la cláusula de sumisión al arbitraje, están también aceptando, automáticamente, someterse a la visión que los árbitros tengan de los hechos y del Derecho.

En cualquier caso, en el Auto objeto de análisis, el TSJ de Madrid señala que para que se active el motivo de denegación del orden público, el laudo debe incurrir en manifiesta arbitrariedad en la interpretación del Acuerdo mayo 2021, conteniendo razonamientos ilógicos y contradictorios, tal y como señala la demandada.

Si bien la Sala señala un aspecto importante en relación a dicha causa de denegación y es que la manifiesta arbitrariedad de la motivación ha de tener una incidencia real y efectiva en la *ratio decidendi*, es decir, que debe ser la causa primordial de la decisión adoptada en el laudo. En este aspecto, la oposición a la demanda de ejecución, incurre en una clara deficiencia argumentativa, pues la arbitrariedad solo existe en relación a aspectos puramente tangenciales de la argumentación del árbitro.

Además, aclara la Sala que no constituye fuerza demostrativa de la arbitrariedad el hecho, tal y como señala la defensa de GLOBALSTAR, de que un tribunal suizo haya podido anular un laudo dictado por el árbitro Dr. Hilario, cuando ese laudo es totalmente ajeno a la presente causa y que nada tiene que ver con el laudo cuyo exequatur se pretende.

Por su parte, estima GLOBALSTAR como ilógico y absurdo que la falta de objeción para ser demandado respecto de un contrato permita apreciar, sin más, su legitimación pasiva *ad causam*. Tal y como el propio laudo indicó –respecto del Contrato de Préstamo–, lo que tendrá que constar es que tales contratos fueron “cancelados o reemplazados”. En este sentido, la defensa añade que “el Laudo reconoce que no consta que el Acuerdo febrero 2020 fuera cancelado o reemplazado por el Acuerdo mayo 2021, por lo que “los acuerdos anteriores permanecerán en pleno vigor y efecto, a menos que se indique expresamente lo contrario”. Por tanto, aquel contrato no puede producir efectos sobre esta parte en virtud del principio de relatividad de los contratos ex art. 1257 Cc. Señala al respecto la defensa que ese reconocimiento de legitimación pasiva *ad causam* entrañaría “un salto lógico insalvable”.

Para el TSJ de Madrid que no se observa el menor atisbo de arbitrariedad a la hora de apreciar la sucesión contractual en relación con los Acuerdos que se citan, habiendo dado previamente una razón para no llegar a la misma conclusión respecto del Contrato de Préstamo, y habiendo justificado la exclusión del ámbito de aplicación del convenio de los Pactos BEST y PANTOS. En este sentido, es particularmente relevante que el árbitro explica perfectamente las diferencias que existen entre el Contrato de Préstamo y sus tres modificaciones, suscritos por GLOBALSTAR UK, y el Acuerdo mayo 2021, el cual sí modifica el Segundo Acuerdo de Creación de Mercado, es decir, el Acuerdo febrero 2020, permitiendo entender la sustitución subjetiva de GLOBALSTAR UK por GLOBALSTAR TECHNOLOGIES en este último caso y no en el primero.

Además, la sucesión contractual de GLOBALSART UK por GLOBALSTAR TECHNOLOGIES respecto del Acuerdo febrero 2020 y sus modificaciones es, lógica y jurídicamente, esencialmente compatible con la vigencia y efecto de las cláusulas del contrato respecto del que se produce esa novación subjetiva. Así que no se aprecia, el menor indicio de arbitrariedad o sinrazón en el razonamiento del laudo.

5. Por último, señala GLOBALSTAR que atenta contra el orden público reconocer el laudo, cuando en la parte relativa a la imposición de costas, el árbitro incurre en una motivación claramente arbitraria, al fundar la proporcionalidad y razonabilidad de las costas y establecer una cuota de reparto del 65% del pago para GLOBALSTAR, lo cual supone un pago muy superior a dicho porcentaje.

En este sentido, señala el TSJ de Madrid que la motivación de un laudo puede incurrir en la manifiesta arbitrariedad infractora del orden público también a la hora de argumentar, o no, la imposición de los gastos y costas del arbitraje (STSJ Madrid 41/2017, de 6 de junio, y 6/2016, de 11 de octubre). Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión sobre las costas puede suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada o solo aparentemente motivada (SSTC 172/2009, FD 3; 25/2006, de 30 de enero, FD 2, y 107/2006, de 3 de abril, FD 3; y ATC 181/2007, de 12 de marzo, FD 6).

No obstante, la Sala estima que el laudo cuyo reconocimiento se pretende está suficientemente motivado en materia de costas y gastos; no incurre en arbitrariedad ni en contradicción interna constitucionalmente relevante; y menos cuando, como autoriza la doctrina del Tribunal Constitucional: “la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso, amén del raciocinio explícito, puede inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Árbitro para resolver las pretensiones de las partes, ya que la Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria” (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FD 4; y 230/1988, de 1 de diciembre, FD 1).

Esta conclusión se ve ratificada para el TSJ de Madrid, *a fortiori*, cuando no consta que la demandada haya subvenido a la carga que le asistía de impugnar y razonar en sede arbitral el porqué de la exorbitancia de las distintas partidas de gastos presentadas de contrario, pero que ahora invoca ante esta Sala. No se discute la cuantía del asunto, cifrada por la Secretaría de la CCI, tal y como consta en el laudo, en 4.240.660 USF (2.500.000 USD para las reclamaciones principales y 1.476.366 € para las reconvencciones). Tampoco se cuestiona la adecuación al Reglamento de la CCI de los honorarios y gastos del árbitro –66.166 USD y 834 USD, respectivamente–, ni los honorarios administrativos de la CCI –40.000 USD–.

En esta misma línea no reprueba, entre otras cuestiones, la decisión del árbitro de que BITPANDA haya prevalecido en el 65% de sus pretensiones frente a un 35% de las de GLOBALSTAR.

Por lo tanto, el laudo no contiene incongruencia alguna, puesto que la imputación recíproca del 65% y 35% de las costas y gastos en función del grado de vencimiento, al aplicarse sobre cantidades distintas y no impugnadas, deriva en un resultado porcentual diferente, pero coherente con la determinación de una de las dos variables de esa cuantificación: el grado de

vencimiento; la otra, son los honorarios del letrado y los gastos legales de las partes, junto con los derechos de administración y honorarios del árbitro.

En definitiva, para el TSJ de Madrid el tribunal arbitral ha motivado suficientemente su criterio acerca de la razonabilidad de los costes a que condena a las partes, teniendo en cuenta la importancia económica del asunto, así como su evidente complejidad técnica, como pone de relieve el razonamiento de un laudo que se pronuncia sobre el alcance del convenio y que resuelve el fondo del asunto.

6. Por lo tanto, al rechazar todos los motivos de denegación de GLOBALSTAR, el TSJ de Madrid estima la demanda y procede al reconocimiento en España del laudo arbitral dictado en Zurich 6 mayo 2022.

M^a José CASTELLANOS RUIZ*

60. RESULTA IMPROCEDENTE EN EL MECANISMO EXECUÁTUR DEL LAUDO, PARA VERIFICAR SU ADECUACIÓN AL ORDEN PÚBLICO, EL EXAMEN DE LA CONCURRENCIA DE CIERTAS CONTRADICCIONES QUE COMPORTARÍAN UNA INJUSTICIA EN EL MISMO (ATSJ Madrid CP 1^a 27 abril 2023)

61. ADMISIÓN DE UNA DECLINATORIA POR EXISTIR EN UN CONTRATO DE AGENCIA INTERNACIONAL UNA CLÁUSULA VÁLIDA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE (AAP Barcelona 17^a 16 junio 2023)

Obs: No deja de resultar curioso que, pasados los años, se mantenga la litigiosidad sobre la validez y eficacia de los convenios arbitrales en los contratos de agencia. En esta misma sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya se planteó un caso similar y con idéntico resultado: estimar la declinatoria de competencia de los tribunales españoles basada en la existencia de un convenio arbitral (vid. mi comentario a la SAP Barcelona 28 mayo 2009, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, pp. 266 ss.).

El supuesto de hecho es parecido: demanda interpuesta por un agente comercial domiciliado en España y declinatoria presentada por la empresa principal con base en una sumisión a arbitraje, en este caso, en Suiza siguiendo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. La presente Sentencia consolida la línea jurisprudencial de este tribunal favorable al arbitraje.

La Disposición Adicional 2^a de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, no impide la validez y eficacia del arbitraje en los contratos de agencia internacionales: tal disposición ha de entenderse como norma de competencia territorial aplicable a supuestos únicamente internos.

Tampoco la protección del agente, como supuesta parte débil, impide el arbitraje. Por una parte, la finalidad de la Directiva 86/653/CEE no ha sido la de proteger al agente, sino igualar las condiciones de competencia en el mercado, lo que explica su aplicación cuando los servicios del agente se presten en la UE. Esto no impediría valorar si la cláusula arbitral está correctamente incorporada como condición general de la contratación. En particular, el control de contenido debería valorarse conforme a la ley rectora de la validez del convenio arbitral (en el caso, el Derecho suizo) para verificar que no existe un carácter abusivo. No se trata de proteger a la parte débil, sino de garantizar la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades. En este punto, la AP de Barcelona aporta datos suficientes – como el perfil del agente “con reconocimiento notable en el mercado internacional” y el volumen económico de la operación – que permiten confirmar, con el debido asesoramiento, un conocimiento de la cláusula y de su alcance.

* Profesora Doctora Acreditada a Titular de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

Finalmente, la presencia de normas imperativas del contrato no equivale a falta de arbitrabilidad de la controversia. Será el propio órgano arbitral el encargado de aplicarlas. Por lo demás, la ley suiza elegida para el convenio arbitral confirma la arbitrabilidad de toda controversia de interés económico. Sin embargo, en relación con esa misma imperatividad, se aborda la cuestión de no obviar la aplicación de la Directiva mediante la sumisión a tribunales o árbitros de terceros Estados (en el caso, en Suiza) cuando los servicios del agente se hayan prestado en el territorio UE. No existe ninguna regla de competencia judicial en la Directiva de agencia que, de haberse querido, podría haberse incluido como ocurre en otros ámbitos. Además, las normas europeas no garantizan en todo caso una relación *forum-ius*: de no existir sumisión expresa a favor de un tribunal UE, en aquellos casos en los que el demandado esté domiciliado en un tercer Estado (en el supuesto, Israel), no se garantiza que, en todo caso, haya un tribunal en la UE competente para conocer del fondo; ello dependería de los Derechos autónomos de los Estados miembros. No hay, por tanto, paralelismo en los ámbitos de la ley aplicable – en función del lugar de prestación de los servicios – y de la competencia.

Cuestión diferente es la aplicación de la ley inglesa al fondo, elegida en el contrato, que en la actualidad es un tercer Estado y, por tanto, aparece la sombra de la Sentencia TJUE en el asunto Ingmar. La AP de Barcelona minimiza el problema presuponiendo una normativa inglesa coincidente con la Directiva. Queda el interrogante en caso de no ser así: después de todo, consumado el Brexit, no se mantiene la sujeción a la normativa UE y podría darse una evolución divergente en el Derecho inglés. Esto conduce a otra duda: el encaje en la solución arbitral de las normas imperativas europeas como lugar de ejecución del contrato, al margen de la ley elegida. Su eventual desconocimiento por el árbitro vaciaría de contenido los derechos del agente, que tampoco quedarían garantizados por la ejecución del laudo en un tercer Estado, domicilio del demandado. En estos supuestos, se esfumaría la imperatividad de la Directiva europea (P.J.B.).

62. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN PARÍS EN ARBITRAJE ADMINISTRADO POR EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (ATSJ País Vasco CP 1ª 21 junio 2023)

63. PROCEDE EL EXECUÁTUR DE UN LAUDO PRONUNCIADO EN LONDRES PUES NO HAY RAZONES PARA DUDAR DE LA CORRECTA ACTUACIÓN DEL ÁRBITRO Y LA AUSENCIA DE INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO PROCESAL (ATSJ Madrid CP 1ª 19 septiembre 2023)

64. DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO EMITIDO EN POLONIA POR APRECIARSE UN EVIDENTE DÉFICIT DE NOTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CON RADICAL INCIDENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA DEMANDADA, PATENTIZADO POR LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN EL CASO (ATSJ MADRID CP 1ª 31 OCTUBRE 2023)

[*Vid. supra*, J.J. Izquierdo y Marta Robles, “Indebido emplazamiento del demandado como motivo de vulneración del orden público español y denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. (Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 octubre 2023)”, en la sección de notas de este Anuario]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

65. RECURSO DE REPOSICIÓN PARA Oponerse a la expedición de un certificado del título ejecutivo europeo (SAP León 1ª 15 junio 2022)

66. ¿TIENEN COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE REQUERIMIENTO DE PAGO EUROPEO? (AAP Barcelona 19ª 21 julio 2022)

Observaciones: 1. La ejecución de una orden de una orden de requerimiento de pago europeo es la cuestión que subyace en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (en adelante AP), Sección Decimonovena, dictado el 21 julio 2022. El Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (en adelante RPME) regula esta cuestión pensando en los supuestos más habituales, es decir, en aquellos en los que el requerimiento de pago se ejecuta en un Estado diferente (Estado de destino) de aquel donde se ha expedido (Estado de origen) ex arts. 5 y 21.1º [APP de Álava, Civil sección 1 del 30 diciembre 2011 (ROJ: AAP VI 271/2011)]. Ahora bien, ¿puede ejecutarse dicha orden en el Estado de origen? ¿Tienen competencia judicial internacional los tribunales de dicho Estado? Esta es, precisamente, la cuestión que resuelve la AP en el recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que considera como competentes a los órganos judiciales del país de los ejecutados.

2. Para la AP, dado que la deudora, aunque reside en Francia, tiene bienes en España resulta más rápido, eficaz y barato para el acreedor español solicitar la ejecución del requerimiento europeo de pago directamente en España, que solicitar la ejecución en Francia, siempre que el tribunal español tenga competencia judicial internacional para proceder a su ejecución. Afirma, acertadamente, que la normativa procesal española solo regula la competencia para conocer de la ejecución del título que se menciona cuando se ha expedido en otro país y el ejecutado tiene su domicilio en España.

3. Hasta aquí, la argumentación de la AP resulta impecable, coherente y eficiente desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. El error lo comete al fundamentar la competencia judicial de los tribunales españoles tanto en el art. 7 del 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 20 diciembre 2012 – (en adelante Reglamento Bruselas I bis) como en el art. 22 quinquies de la LOPJ. No hay duda alguna de la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, dada la internacionalidad que presenta el litigio, por lo que la cuestión a dilucidar es determinar en qué foro de competencia judicial internacional podría fundamentar su competencia los tribunales españoles en el presente supuesto. A nuestro juicio, estos serían competentes en base a lo establecido en el art. 22.5º del Reglamento Bruselas I bis que establece la competencia judicial internacional con carácter exclusivo a los tribunales del Estado contratante del lugar de ejecución. No hay objeción alguna en aplicar dicho precepto. Es evidente que se refiere a la ejecución de decisiones en general y no a la ejecución de decisiones extranjeras. Además, la ejecución implica un acto de fuerza y, por tanto, un acto de soberanía del Estado donde se pretende ejecutar la decisión.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

67. AL NO EXISTIR UN CONVENIO BILATERAL O MULTILATERAL DEL QUE ESPAÑA Y CHILE SEAN PARTE SOBRE LA MATERIA, HA DE ACUDIRSE AL REGLAMENTO Nº 2201/2003 DEL CONSEJO, DE 27 NOVIEMBRE 2003, DE APLICACIÓN UNIVERSAL O ERGA OMNES (SAP Barcelona 12ª 2 diciembre 2022)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i "(RE)JURPAT)" PID2019-106496RB-I00.

68. DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, CON BASE EN EL CONVENIO DE LUGANO DE 2007 EN UN SUPUESTO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL REGULADO POR LAS REGLAS DE LA HAYA-VISBY (SAP Pontevedra 1ª 25 enero 2023)

Observaciones: 1. Pladurez Carpetería, S.L., empresa domiciliada en Mataró (Barcelona), compró una partida de material a la entidad Tocheung Estationery MFG CO (PVT), sita en Tamil Nadu (India). Para el transporte de las mercancías, Pladurez contrató con la empresa transitaria Operinter Barcelona S.A., domiciliada en Hospitalet de Llobregat (Barcelona), que a su vez subcontrató el transporte desde Chennai (India) a Vigo con la naviera Mediterranean Shipping Company, S.A. (MSC S.A.), porteadora efectiva. Salida de las instalaciones de la proveedora entre el 18 y 20 marzo 2020, la mercancía llega a Vigo el 6 mayo 2020, siendo desconsolidada en las instalaciones de Grafoplast del Noroeste (Alvedro, A Coruña) el 11 mayo 2020, que observa daños por humedades. Fijada la cuantía de los daños, Operinter, tras comunicar el siniestro a la agencia de MSC en España (MSC España, SLU) con domicilio en Valencia, abona a Pladurez la cantidad correspondiente, que la empresa Reale Seguros Generales, S.A. como aseguradora del transporte por póliza suscrita con Operinter, pagó a su vez a su asegurada. Tras comunicaciones entre la aseguradora y MSC España, trasladadas a MSC en Ginebra (Suiza), e infructuosos los intentos de solución extrajudicial, el 30 julio 2021 Reale interpone una acción de repetición *ex art. 43 LCS*, en relación con el art. 3 Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (Reglas de La Haya-Visby) y los arts. 277 y 278 de la Ley de Navegación Marítima, en reclamación de cantidad, contra la mercantil MSC S.A. Lo hace ante los Juzgados de Valencia y a título de lo que entiende que es el domicilio de la demandada, que comparece. MSC S.A. plantea declinatoria por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles y a favor de los Tribunales suizos o ingleses, apelando al Convenio de Lugano de 2007 y el art. 22 bis LOPJ, en relación con los art. 36 ss y art. 63 ss LEC, así como por el art. 468 LNM. Alega, por un lado, que el domicilio de la demandada MSC se encuentra en Ginebra (Suiza), resultando inoperativo, a su juicio, el art. 5.1º CL 2007 sobre competencias especiales dado que no se alegan ni prueban hechos referidos al lugar de nacimiento o de cumplimiento de la obligación contractual. Por otro, que, como contratante habitual de los servicios de MSC, Operinter suscribió un acuerdo para el uso como destinatario de cartas de porte marítimo (*waybill* – SWB), donde figura una cláusula de sumisión a favor de la jurisdicción inglesa, en concreto, al Tribunal Superior de Justicia de Londres. Reale se opone a la declinatoria con base en la especialidad del art. 5.1º frente al 2 CL 2007, así como a la inoperatividad de la cláusula de sumisión, por su inclusión en un contrato de adhesión y por la inaplicabilidad del CL 2007 al no ser ya el Reino Unido un Estado miembro de la UE. Por Auto de 16 noviembre 2021, el Juzgado de Valencia desestima la declinatoria por falta de competencia internacional. Primero, afirma la competencia de la jurisdicción española *ex art. 5.1º CL 2007*, como opción del demandante respecto de la prestación de un servicio que debe ejecutarse en España, con independencia de que, estando “MSC domiciliada en un Estado vinculado (Suiza), este país sería el competente para conocer de la demanda”. Y, segundo, por la nula influencia de la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Londres por no formar parte el Reino Unido de la UE (1 febrero 2020) cuando nace “la obligación de transportar y, por tanto, su incumplimiento” (marzo de 2020). Pero seguidamente declara la falta de competencia territorial de su Juzgado para la demanda de Reale contra MSC, afirmando que no es Valencia, sino Vigo, quien debe conocer: el art. 5.1º CL 2007 es una regla muy específica y “la mercancía tenía como destino dicha ciudad”, ordenando el archivo de las actuaciones y sin inhibición al órgano competente, *ex art. 65.4º1 LEC*. Habiendo solicitado ante los Juzgados de Valencia aclaración y/o complemento del auto reclamando la inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil de Vigo, que desestima, en aplicación del art. 65.5º LEC, Reale presentó demanda contra MSC S.A. en esta ciudad, que conocen y que MSC recurre en la resolución que comentamos. Sin cuestionarse la competencia judicial internacional de la jurisdicción española, la AP Pontevedra critica la decisión del Juzgado de Valencia de no acordar la inhibición en favor del órgano competente y proceder al archivo del procedimiento, por carecer

de cobertura legal, debiendo de haber remitido la causa a los Juzgados que considerase territorialmente competentes (Juzgados de Vigo) *ex art. 58 LEC* en la existencia de reglas imperativas determinantes de la competencia territorial.

2. En el momento de presentación de la demanda y en materia de contratos de transporte marítimo como materia civil y/o mercantil que es, los juzgados españoles se hallan vinculados tanto por el Reglamento 1215/2012, aplicable a demandas interpuestas tras 10 enero 2015 (arts. 80–81 Reglamento 1215), como por el CL 2007, que vincula a la UE (España) desde el 1 enero 2010 y que originalmente se encarga de extender las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968 (y de sus modificaciones posteriores *ex* Reglamento 44/2001) a los Estados parte de la EFTA (AELC), lo que exige la identificación del régimen preferentemente aplicable (distinto planteamiento desde los órganos jurisdiccionales suizos de haberse planteado demanda ante los Tribunales de Ginebra, domicilio de la demandada MSC S.A., sólo vinculados por el CL 2007). La cuestión no es menor: la pluralidad de regímenes aplicables conlleva potenciales distintas respuestas a la competencia. Aunque el CL 2007 discurre paralelo al CB 1968 y al Reglamento 44/2001 (sustituido hoy por el Reglamento 1215/2012), no siempre tienen el mismo alcance sus reglas de competencia: así, cláusulas de elección de foro, con distintos criterios de aplicabilidad espacial; más semejanza en el foro especial de las obligaciones contractuales, ambos presentes en el caso que nos ocupa. Sin hacer referencia al Reglamento 1215/2012, los Juzgados de Valencia asumen la aplicación del CL 2007, que tampoco cuestiona ni los Juzgados de Vigo ni la AP Pontevedra. La ortodoxia exige, en cambio, la consulta de aquellas cláusulas de compatibilidad que proporcionan ambos instrumentos en orden a la identificación del régimen preferencial aplicable, materializadas en el art. 73 Reglamento 1215 (*Relación con otros instrumentos*, precepto inexistente en el Reglamento 44/2001) y, sobre todo, en el art. 64 CL 2007 (*Relaciones con el Reglamento 44/2001 y con otros instrumentos*: la referencia al Reglamento 44/2001 debe ampliarse al Reglamento 1215/2012 como sustituto del anterior: de ahí los términos “y sus modificaciones”). Mientras que el art. 73 Reglamento 1215 estima que “el presente Reglamento no afectará a la aplicación del CL 2007”, manteniendo así su operatividad aun cuando la vinculación del operador jurídico al Reglamento 1215/2012 (no es así respecto del resto de Convenios generales de idéntico ámbito material, que dejan de ser aplicados en lo que afecta a la materia civil y mercantil incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012; arts. 69 y 70 Reglamento 1215, así como, en semejantes términos, arts. 65 y 66 CL 2007 respecto del mismo tipo de Convenios; la prevalencia del Reglamento 1215/2012 se extiende también sobre aquellos Convenios generales de alcance extracomunitario), el art. 64 CL 2007 (anterior art. 54 *ter* CL 1988), partiendo de la aplicación preferente del Reglamento 1215/2012 (art. 64.1º CL 2007), relaciona aquellos casos que excepcionan esta regla (art. 64.2º.a CL 2007), entre ellos, cuando “el demandado estuviere domiciliado en un Estado donde se aplique el presente Convenio” (y que no sea Estado miembro de la UE). Es lo que sucede en el supuesto que nos ocupa: la ubicación del domicilio de la empresa demandada MSC S.A. en Ginebra (Suiza) determina la aplicación preferente del CL 2007 por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, desechando valorar su competencia por el Reglamento 1215/2012. No se ubica el caso controvertido en ningún otro supuesto de aplicación preferente del art. 64.2º.a CL 2007: los contratos de transporte marítimos no son competencia exclusiva del art. 22 CL 2007 y la cláusula de elección de foro se redacta, según consta, a favor de los Tribunales de Londres y no de los órganos jurisdiccionales suizos (noruegos o islandeses).

3. En el momento de la presentación de la demanda, el Reino Unido ya no formaba parte de la UE y, por tanto, ya no estaba vinculado por el CL 2007, como lo están Suiza, Islandia, Noruega, Dinamarca y la UE (1 febrero 2020: Reino Unido no UE; 31/12/2020: fin del período transitorio; solicitó adhesión al CL 2007 el 8 abril 2020 como Estado contratante independiente, no ratificada por el resto –Comunicación de la Comisión de 4 mayo 2021–). De haberlo estado, como sí sucedía cuando se pactó originalmente la cláusula a favor de los Tribunales de Londres, no hubiera sido tan pacífica la cuestión de la aplicación preferente del CL 2007. No trata el art. 64.2º.a CL 2007 aquella situación, ubicable tanto en el art. 25 Reglamento 1215 como en el art. 23 CL 2007, que

contempla la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (Reino Unido, en su momento) estando al menos una de las partes, singularmente, el demandado, domiciliada en un Estado de la EFTA no comunitario (MSC S.A., domiciliada en Ginebra). Una interpretación alternativa de las conexiones del art. 64.2º.a CL 2007 conduce a la aplicación preferente del CL 2007 aun cuando la existencia de una cláusula de jurisdicción a favor de un Tribunal comunitario. No obstante, no debería descartarse una posible aplicación preferente del Reglamento 1215/2012 por mandato del art. 64.1º CL 2007: el domicilio del demandado como criterio de determinación del régimen preferentemente aplicable, si bien aparece en el art. 64.2º.a CL 2007 con esta función, no operaría en presencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción, que constituiría, al igual que en materia de competencias exclusivas, una excepción a esta conexión. De seguir la regla general del art. 64.2º.a CL 2007, un mismo acuerdo de jurisdicción firmado por y vinculante para ambas partes sería valorado por dos regímenes diferentes en función de quien ocupase la posición de demandante y demandado (la demanda de Reale frente a MSC S.A. supondría la aplicación del CL 2007, mientras que, a la inversa, y dado el domicilio de Reale en España, conduciría a la aplicación del Reglamento 1215/2012), violentando así el principio de tutela judicial efectiva por poner en riesgo el principio de igualdad entre las partes. No es, en cualquier caso, cuestión pacífica.

4. A) La aplicación del CL 2007 por los Tribunales españoles, en un supuesto de aplicación de las normas del CL 2007 (y no de las propias de la LOPJ, operativas respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, si bien vía Reglamento 1215/2012, que no es el caso), supone la valoración de su competencia judicial internacional atendiendo a los foros especiales por razón de la materia (arts. 5 a 21 CL 2007), coincidentes en su mayoría con los equivalentes en el instrumento comunitario y operativos respecto de demandados domiciliados en un Estado firmante del CL 2007 que no sea el del foro, como aquí sucede. Sin cuestionar la competencia de los Tribunales de Ginebra como domicilio de la demandada MSC S.A. ("MSC domiciliada en un Estado vinculado (Suiza), este país (sic) sería el competente para conocer de la demanda"; tampoco el Juzgado de Vigo o la AP), resuelven correctamente su competencia objetiva en aplicación del art. 5.1º CL 2007: como foro especial que es en materia de contratos, juega de manera alternativa al foro del domicilio del demandado en Ginebra ("no contiene una regla preferente a la del art. 2, sino una regla especial") y en atención al lugar donde deba cumplirse, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato, la prestación principal o característica, que en materia de transporte marítimo de mercancías, se corresponde con el lugar de prestación del servicio, en el caso, España, donde se entrega la mercancía (STJUE 11 julio 2018, As. C-88/17, *Zurich*: lugar de expedición o entrega). Como supuesto que es del art. 5.1.b CL 2007, se aparta de la regla general de separabilidad de las acciones del art. 5.1º.a CL 2007 (lo mismo, art. 22 quinquies.a LOPJ), basado en el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (determinado por el contrato o, en su defecto, por la *lex contractus*), para concentrar las acciones en el lugar de su prestación del servicio de transporte decidido en el contrato (o, en su defecto, de manera autónoma y no *ex lex contractus*). Actúa correctamente, pues, el juez español cuando no admite los argumentos de la declinatoria de MSC S.A. y suscribe aquéllos de Reale en su oposición relativos al art. 5.1º CL 2007.

B) Al igual que el art. 7.1º Reglamento 1215, la competencia atribuida a través del art. 5.1º CL 2007 no lo es a la totalidad de la jurisdicción española, sino a un concreto órgano jurisdiccional (el art. 5.1º CL 2007 se refiere a los Tribunales del *lugar*, no a los del *Estado parte*, como hace el art. 2 CL 2007, *v.gr.*): la regla no es sólo de competencia judicial internacional, también lo es de competencia territorial, lo que excluye el juego de las reglas del Derecho procesal doméstico encargadas de distribuir territorialmente la competencia, siquiera como rol complementario (también, *v.gr.*, Reglamento 4/2009, sobre alimentos; no, *v.gr.*, Reglamento 2019/1111, sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental, salvo art. 5). En consecuencia, no son los Tribunales *españoles* los competentes, sino los juzgados de Vigo (y no de Valencia, que deben actuar en consecuencia; más acorde, art. 58 LEC: no se había planteado declinatoria por competencia territorial).

5. A) No está tan claro, en cambio, el juego de la cláusula de elección de los Tribunales de Londres, alegada por MSC S.A. en su declinatoria, que en instancia se descarta, siguiendo el argumento de Reale, inaplicable el art. 23 CL 2007 por no formar parte el Reino Unido del Convenio y en lo que no entra la AP Pontevedra. No prohíbe el CL 2007 (tampoco el Reglamento 1215/2012) la sumisión a favor de Tribunales de terceros Estados, tampoco la regla. En esta ausencia, y sometida su eficacia prorrogatoria a la ley extranjera (inglesa, en el caso), la derogatoria depende del Derecho del foro (español; STJCE 9 noviembre 2000, *Coreck*). Y ahí tenemos un art. 22.ter.4 LOPJ, inexistente antes de la reforma de la LOPJ de 2015 (importante problemática anterior), que recoge la eficacia derogatoria o suspensiva de este tipo de cláusulas, incluso cuando afecte a la competencia atribuida por el CL 2007 (o Reglamento 1215/2012), como es el caso (*v.gr.*, SAP Barcelona de 4 mayo 2017): obligación de suspensión del procedimiento en España, que continuará sólo cuando los Tribunales extranjeros (ingleses) hubiesen declinado su competencia (no fija el legislador español un plazo para que el interesado plantee su reclamación ante la jurisdicción extranjera elegida, de modo que la suspensión puede ser *sine die*). Sin efecto esta exclusión de la competencia de los Tribunales españoles de afectar a materias en las que en el Derecho español no quepa la *prorrogatio fori* (art. 22.ter.5 LOPJ), que no es el caso del transporte marítimo: a pesar de la exigencia del legislador español de “que una norma expresamente lo permita” (art. 22.bis LOPJ) y de la confusión sobre las materias en las que podría operar la sumisión en el Derecho doméstico, sí lo haría en el ámbito de aquéllas de corte patrimonial ajenas a los foros de protección y competencias exclusivas (y no, *v.gr.*, en sede de persona y familia: frente al principio dispositivo de la materia patrimonial, el principio inquisitivo del Derecho de familia). No vamos a entrar (tampoco lo hace la resolución comentada), en la problemática que genera el art. 468 LNM, que entiende nulas y no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera (no a española, por tanto) contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación que no hayan sido negociadas individual y separadamente. En tanto que el art. 468 LNM habla de “sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la UE”, el art. 23 CL 2007 (y sus exigencias formales) prevalecería sobre aquél (valoración del juego de los usos habituales del sector, *v.gr.*) sólo cuando los Tribunales elegidos formen parte del CL 2007 y el Reino Unido no lo sería (el juego del art. 468 LNM en la jurisprudencia española no es, en todo caso, homogéneo: AAP Barcelona de 18 marzo 2019; AAP Valencia de 10 mayo 2022, aplicando CL 2007...).

B) De haber sido el Reino Unido todavía Estado de la UE, la alegación de la cláusula por parte de MSC S.A. en la declinatoria debería conducir a la declinación de la competencia de los Tribunales españoles, con independencia de su competencia objetiva vía art. 5.1º CL 2007: el art. 23 CL 2007 habla de la competencia *exclusiva* de los Tribunales elegidos. El TJUE (asunto *Coreck*) abre la posibilidad de invocación de cláusula de sumisión a tercero que, conforme al Derecho nacional aplicable, se subroga en la posición de la parte originaria (si no, verificación de la prestación del consentimiento de ese tercero). Todo, bajo las exigencias formales del art. 23 CL 2007 como requisitos de validez de la cláusula (y no los del Derecho español, particularmente, LNM; p.e., AAP Valencia de 8 noviembre 2016, con RU todavía UE; todo ello, a la espera del TJUE, por ahora sólo Conclusiones AG en el As. C-345/22 a C-347/22, *Maersk y Mafre*), pasando por el hecho de la domiciliación de al menos una de las partes en un Estado vinculado por el CL 2007, como es el caso (Ginebra y España) y a diferencia de lo dispuesto en el art. 25 Reglamento 1215, operativo con independencia del domicilio de las partes.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

69. LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DEBE REALIZARSE MEDIANTE LA DECLINATORIA PARA EL CASO DE QUE EL TRIBUNAL NO LA HAYA APRECIADO DE OFICIO EN EL MOMENTO DE RESOLVER SOBRE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA (STS Civ 1ª 10 mayo 2023)

COMPRAVENTA INTERNACIONAL

70. CUANDO SE TRATE DE UNA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS EL TRIBUNAL COMPETENTE ES EL DEL LUGAR DEL ESTADO MIEMBRO EN EL QUE, SEGÚN EL CONTRATO, HUBIEREN SIDO O DEBIEREN SER ENTREGADAS LAS MERCADERÍAS (AAP Sevilla 8ª 2 noviembre 2022)

71. NO HA LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE PLUMA DE CERDO IBÉRICO ESTANDO EN DISCUSIÓN EL PRECIO DEL COSTE, DEL FLETE Y DEL SEGURO HASTA EL PUERTO DE BUSAN (SAP Salamanca 1ª 16 mayo 2023)

CONTRATOS

72. PESE A EXISTIR UNA ESTIPULACIÓN NEGOCIAL QUE DECANTA EL POSIBLE CONOCIMIENTO DE UN INCUMPLIMIENTO HACIA LA LEY BRASILEÑA, LA NATURALEZA TUITIVA DE LA LEY 57/68 SE DECANTA POR LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (SAP Murcia 1ª 10 octubre 2022)

73. AUNQUE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL QUE DESIGNA COMO LEY APLICABLE LA RUMANA, LAS PARTES, TÁCITAMENTE, HAN DEJADO SIN EFECTO DICHA CLÁUSULA Y HAN SOMETIDO EL CONTRATO AL DERECHO ESPAÑOL (SAP Barcelona 17ª 19 mayo 2023)

DERECHO DEL TRABAJO

74. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA DEMANDA POR DESPIDO DEL TRABAJADOR QUE HABÍA SUSCRITO UN CONTRATO DE EMBARQUE (STS País Vasco Soc 1ª 12 abril 2022)

75. EL TRIBUNAL SE ENCUENTRA FACULTADO PARA APLICAR DE OFICIO LAS NORMAS DE CONFLICTO CORRESPONDIENTES A LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITOS (SAP Soria 1ª 21 junio 2022)

76. LA LEY ELEGIDA NO PUEDE PRIVAR AL TRABAJADOR DE LA PROTECCIÓN QUE LE ASEGUREN LAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDEN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO EN VIRTUD DE LA LEY DEL PAÍS DONDE REALIZA SU TRABAJO HABITUALMENTE (STSJ Madrid Soc 1ª 14 julio 2022)

77. LA APLICACIÓN DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EXIGE QUE HAYA DE EXPLICARSE RAZONABLEMENTE DE QUÉ MODO EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE UN DESPIDO DE UN TRABAJADOR ADMINISTRATIVO PUEDE PONER EN RIESGO LA SEGURIDAD DEL ESTADO (STS Soc 1ª 10 noviembre 2022)

78. NO CONCORRE EN EL CASO LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 10.2º D), LO 16/2015 AL TRATARSE DE UN PROCESO QUE TIENE POR OBJETO EL DESPIDO DEL TRABAJADOR AUNQUE UNA AUTORIDAD COMPETENTE DEL ESTADO EXTRANJERO HAYA COMUNICADO QUE ESTE PROCESO MENOSCABA SUS INTERESES DE SEGURIDAD (STS Soc 1ª 30 noviembre 2022)

DERECHO MARÍTIMO

79. VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLÁUSULA *PARAMOUNT* A TENOR DEL ART. 3 DEL REGLAMENTO ROMA I (STS Civ 1ª 28 junio 2022)

Observaciones: 1. La decisión de la Sala Civil del TS se centra en la controvertida cuestión de la determinación de la normativa aplicable a un contrato de transporte marítimo de mercancías desde Rusia a España, y se centra en la determinación de la responsabilidad del consignatario. A raíz de una compraventa CIF se transportó una partida de barras de acero desde Novorossiysk (Rusia) hasta Vilanova i la Geltrú (España). El contrato de transporte contenía una cláusula *paramount*. Al llegar las mercancías dañadas a destino, el comprador demandó al consignatario. La primera instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial rewertió su decisión, condenando al pago de 701.299 Euros.

2. A modo de contextualización de esta decisión judicial cabe recordar que el sector del transporte marítimo de mercancías, inherentemente internacional, requiere altas dosis de coherencia normativa y de seguridad jurídica para aportar a los operadores empresariales y jurídicos un marco regulador bien definido. Esta exigencia proyecta su operatividad tanto en el plano estrictamente mercantil como en la dimensión normativa conflictual. La suma de bloques normativos en presencia de fuente convencional, institucional e interna que convergen en nuestro ordenamiento español dificulta en la práctica la clara delimitación del régimen jurídico aplicable a cuestiones claves o troncales tales como la concreción del régimen de derechos y obligaciones de las partes y en particular la cuestión vinculada al papel que haya de reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes. En particular, el inagotado debate en torno al complejo equilibrio entre los intereses en presencia en este sector y de forma específica el centrado en el binomio porteador *versus* cargador ha constituido el verdadero motor de toda esa secuencia de textos normativos.

3. Un claro ejemplo puede apreciarse en la delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en el momento de seleccionar la normativa aplicable rectora de sus derechos y obligaciones derivadas de dicho contrato. Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito conflictual exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contratación internacional, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector. En particular, y para una correcta comprensión del fenómeno de las cláusulas *paramount* y para su precisa calificación es necesario partir de la compleja fenomenología de modalidades contractuales a través de las cuales se materializa la prestación del transporte marítimo.

El propósito fundamental originario de esta categoría de cláusulas *paramount* era el de incorporar a los contratos las disposiciones del Convenio de Bruselas, e incluso de leyes internas anteriores al mismo, a los efectos de compeler a los Tribunales para que aplicaran dichas disposiciones convencionales; con el paso del tiempo, ese objetivo convencional inicial se amplió considerablemente, ya que mediante dicha cláusula *Paramount* se llama o invoca a la aplicación tanto de normas (o de una parte de su texto) cuyo ámbito de aplicación no cubre el caso concreto determinado por un transporte específico como de soluciones convencionales vigentes en la materia en el caso análogo de que un transporte no entre dentro del ámbito de aplicación de norma alguna. Por consiguiente, cabe afirmar que la cláusula *paramount* pretende extender la

aplicación del sistema de deuda por responsabilidad que con carácter imperativo se recoge en la normativa uniforme convencional.

4. La principal cuestión que analiza el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada es la relativa a la normativa aplicable: Ley de Transporte Marítimo (LTM) de 1949 junto con el Código de comercio vs. Convenio de Bruselas de 1924 con los Protocolos de 1968 y 1979. Y el motivo troncal, clave del recurso de casación invocaba la aplicación indebida de la LTM y del Código de Comercio, debiendo en opinión del recurrente haberse aplicado conforme al pacto de ley aplicable previsto en la cláusula *paramount* del conocimiento de embarque únicamente el Convenio de Bruselas de 1924 según promulgado en el País del puerto de origen (Rusia). El tenor de la cláusula *paramount* contenida en el contrato de transporte preveía que “a) Las Reglas de La Haya contenidas en el Convenio internacional para la unificación de ciertas normas relativas a los conocimientos de embarque, fechado en Bruselas el 25 agosto de 1924, y lo promulgado en el lugar de carga, serán de aplicación en este conocimiento de embarque. b) Comercializaciones donde son de aplicación las Reglas de La Haya-Visby: en operaciones donde a la Convención Internacional de Bruselas de 1924 se le han añadido los protocolos firmados en Bruselas en 23 febrero 1968 – Reglas de La Haya Visby– se aplicarán obligatoriamente las disposiciones de la respectiva legislación y serán de aplicación a este conocimiento de embarque”.

5. La parte recurrente consideró que, conforme al art. 3 del Reglamento UE 583/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que incorpora en su ámbito de aplicación material los contratos de transporte, conforme a lo previsto en su art.5) y el art. 10.5º Cc (precepto indebidamente invocado, ya que su aplicación queda desplazada ante la eficacia *erga omnes* del RR I), debería haberse aplicado la cláusula *paramount* incorporada al conocimiento de embarque, por lo que únicamente resultaría de aplicación el Convenio de Bruselas y sus Protocolos pero no la legislación interna española, y por tanto no procedería la asimilación de la responsabilidad del consignatario a la del naviero.

Frente a esta argumentación, el TS considera que no es objeto de discusión que, tanto por la normativa internacional como por la nacional que se cita en el motivo, una cláusula de ley aplicable (en este caso, la cláusula *paramount*) pueda ser válida y eficaz, a tenor del art. 3 RRI. En todo caso, la decisión judicial ahora comentada señala que lo determinante conforme al art. 25.1º del mencionado RRI es que no había impedimento para la aplicación al caso del Convenio de Bruselas de 1924 y sus Protocolos, al proyectar la regla de especialidad (que opera en este caso como cauce de compatibilidad entre las normas en presencia) y señalar que el RRI, “no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

6. A juicio del TS, en el ámbito de las Reglas de La Haya-Visby, la cláusula *paramount* ha devenido en un criterio más de aplicación espacial de esos mismos textos convencionales, en convivencia con otros criterios, como el lugar de emisión del conocimiento de embarque en un Estado adherido o el lugar de carga de las mercancías. Es decir, la tan citada cláusula es uno de los factores que permite aplicar la normativa de La Haya-Visby. Y tiene como efecto que impide que sea eventualmente aplicable un Derecho extranjero ajeno a tales Reglas. Sin embargo, en este caso dicho efecto no se produce, puesto que como el conocimiento de embarque se emitió en Rusia y este Estado es signatario del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979, los textos convencionales se habrían aplicado igualmente, con independencia de la cláusula *paramount*.

Sentado lo anterior, el TS considera, invocando jurisprudencia nacional consolidada, que la aplicabilidad en España del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya-Visby) no excluye en este caso la aplicación de la LTM ni la del CCom.; señala, en particular, que la LTM, a la que se le reprocha traducción equivocada del Convenio, defectos de técnica legislativa e incluso que no se ajusta plenamente a aquél al restringir en ciertos aspectos su

contenido, entró en vigor a los seis meses de su publicación y ha venido constituyendo desde entonces el cuerpo normativo en la materia y aplicado de forma reiterada y pacífica por la doctrina jurisprudencial.

7. Cabe recordar que el Convenio de Bruselas fue modificado por el Protocolo de 23 febrero 1.968 –Reglas de Visby– y el Acuerdo de 21 febrero 1.979, ratificado por España el 16 noviembre 1.991, publicándose ambos textos, en el BOE nº 36 11.2.1984, desde cuyo momento pasaron a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno de conformidad con los arts. 96.2º CE y 1.5º Cc. La referencia que en el Protocolo se hace a entender por “Convenio” el Convenio de Bruselas de 1924 generó la polémica acerca de si la incorporación de la nueva normativa uniformadora internacional suponía la plena aplicación del Convenio de Bruselas expresado (con las modificaciones de 1968 y 1979), y, por consiguiente, al no coincidir totalmente el Convenio de 1924 con la LTM, la práctica derogación de éste, o cuando menos en los casos en que fueren aplicables los Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya–Visby).

8. Por todo ello, la jurisprudencia del TS relativa a aquellos transportes marítimos en los que fuese de aplicación la normativa de las Reglas de La Haya–Visby ha venido manteniendo la vigencia de la LTM en lo que no resulte afectado por los Protocolos de 1968 y 1979. Por lo expuesto, la sentencia del TS señala que no se acepta la alegación de que la aplicación de la LTM resulte excluida por estar sujeto el supuesto que se enjuicia a las Reglas de La Haya–Visby en virtud de la cláusula *paramount*, consignada en el conocimiento de embarque, en relación con el art. 10 del Protocolo de 1968. Fiel por tanto a su doctrina, el TS considera que se trata en realidad de un falso dilema, puesto que la aplicabilidad en España del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya–Visby) no excluye en este caso la aplicación de la LTM ni del CCom.

9. Cabría recordar ahora que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad del porteador marítimo ha experimentado un proceso paulatino de codificación desde el Código de Comercio de 1885 (Ccom) hasta la hoy día vigente Ley de Navegación Marítima de 2014 (LNM). La ratificación por parte de España del Convenio de Bruselas que unificaba ciertas reglas de responsabilidad del porteador en materia de c/e. Aunque la ratificación del Convenio no supuso que sus disposiciones fuesen normas materiales internas, puesto que no era *self-executing*, sí significó un avance en la materia hacia la promulgación de la Ley de 22 diciembre 1949 de Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque (LTM). La LTM traspuso las reglas contenidas en el Convenio y estableció unas reglas imperativas con la finalidad de proteger al cargador. El art. 10 LTM preveía que “toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de responsabilidad por pérdida o daños relativos a las mercancías que provengan de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones.... Será nula, ineficaz, y se tendrá por no puesta”; además, el art. 13 de la propia LTM disponía que “el porteador podrá libremente abandonar todos o parte de los derechos y exoneraciones, o aumentar las responsabilidades y obligaciones que les correspondan...siempre que se inserte en el conocimiento entregado al cargador”. En consecuencia, la LTM aumentó la protección del cargador. Ahora bien, debemos tener en cuenta que la LTM no regulaba de manera completa el contrato de transporte marítimo por lo que había que acudir a las reglas contenidas en el Ccom, remisión que planteaba controversias.

10. El argumento troncal en el que se basa el TS para sustentar tal tesis radica en que la LTM –derogada por la hoy vigente LNM, norma interna inaplicable al caso ahora resuelto– tenía por finalidad incorporar el Convenio al Derecho español. Es decir, el TS interpreta (sin enunciarlo expresamente así) que el efecto de la cláusula *paramount* consiste en introducir en el clausulado contractualmente convenido una “referencia” expresa al texto convencional o a (en nuestro caso) la normativa autónoma (LTM) que le haya dado efecto; por tanto, estima que la incorporación por referencia que se efectúa vía cláusula *paramount* tiene un mero efecto “declarativo” al limitarse a recordar su aplicabilidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que el análisis de la función conflictual de las cláusulas *paramount* exige, por un lado, una permanente referencia a la evolución normativa experimentada en el sector del transporte marítimo y por otra obliga a atender a la compleja y variada tipología de las cláusulas empleadas en la práctica contractual del sector. Por todo ello no resulta factible unificar *ex ante* su calificación. La determinación de su alcance y efectos deberá hacerse atendiendo al tenor literal de la cláusula y a la norma convencional (Convenio de Bruselas de 1924 en su redacción inicial, o el propio Convenio modificado por los Protocolos sucesivos aprobados) o interna que sirva de cobertura a tal práctica contractual.

11. En el caso ahora planteado y resuelto por el TS la cuestión clave a tener presente es que la LTM no fue formalmente modificada para transponer los Protocolos modificativos del originario Convenio de Bruselas de 1924, lo que originó las dudas acerca de la relación entre esas normas. El Tribunal Supremo las resuelve afirmando que la LTM siguió en vigor en lo que no hubiera sido modificada por los Protocolos. Sin negar coherencia a tal tesis, tal vez cabría haber defendido que sería más lógico mantener que, al ser la disposición normativa interna o nacional que incorporó el Convenio, ésta se había visto en realidad reformada por los Protocolos de 1968 y 1979. Esta solución hubiera resultado más congruente o coherente, porque tras la entrada en vigor de los mismos la voluntad contractual manifestada en una cláusula *paramount* se ha visto consagrada a nivel internacional como criterio delimitador del ámbito de aplicación de la normativa uniforme, como si ésta resultara aplicable *ex proprio vigore*.

Juan José ÁLVAREZ RUBIO *

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

80. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL EN UN DIVORCIO ENTRE UNA PERSONA CON NACIONALIDAD ECUATORIANA, CON DOMICILIO EN FERROL, CONTRA OTRA CON NACIONALIDAD BRITÁNICA, CON DOMICILIO EN LONDRES (AAP A Coruña 5ª 14 septiembre 2022)

81. YERRA EL JUEZ DE INSTANCIA CUANDO INDICA QUE NO SE HA APORTADO, DEBIDAMENTE LEGALIZADO Y APOSTILLADO, LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO POR DIVORCIO PROCEDENTE DEL JUZGADO CUARTO DE FAMILIA BUCARAMANGA (COLOMBIA) (AAP Santander 2ª 19 septiembre 2022)

82. APLICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL AL DIVORCIO DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO POR LOS LITIGANTES EN EL REINO DE MARRUECOS (SAP Lleida 2ª 17 octubre 2022)

83. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE LAS MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DE LOS HIJOS MENORES DEL MATRIMONIO, PERO NO PARA EL DIVORCIO Y LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES (AAP Barcelona 19ª 21 octubre 2022)

84. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UNA DEMANDA DE SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CONTRAÍDO EN MARRUECOS, RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS (AAP Barcelona 12ª 10 noviembre 2022)

85. LITISPENDENCIA INTERNACIONAL HASTA EN TANTO NO SE ESTABLECIERA LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL BÚLGARO ANTE EL QUE SE INTERPUSO LA PRIMERA DEMANDA DE DIVORCIO APLICABLE (AAP Madrid 31ª 29 noviembre 2022)

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco /Euskal Herriko Unibersitatea.

86. EL JUZGADO NO MENCIONÓ EL REGLAMENTO (CE) Nº 4/2009 NI EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007, Y APLICÓ INCORRECTAMENTE EL CC ESTATAL EN LUGAR DE APLICAR LA LEGISLACIÓN PROPIA DEL LUGAR DE RESIDENCIA, EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA (SAP Barcelona 12ª 13 diciembre 2022)

87. EN EL SUPUESTO DE AUTOS TANTO LA DEMANDANTE COMO SU HIJO CONSTAN EMPADRONADOS EN LA CIUDAD DE CÁDIZ SOBREPASANDO LOS PLAZOS RESEÑADOS EN LA NORMATIVA EXPUESTA, POR TODO LO CUAL PROCEDE LA DECLARACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA CONOCER DEL DIVORCIO (SAP Cádiz 5ª 13 diciembre 2022)

88. BASTA CON APORTAR LOS DOCUMENTOS EXTRANJEROS QUE, NUEVAMENTE, HABRÁN DE VALORARSE A EFECTOS DE PRUEBA EN UNA DEMANDA DE DIVORCIO DE MATRIMONIO CONTRAÍDO EN CUBA (AAP Almería 1ª 21 diciembre 2022)

89. NEGATIVA A HOMOLOGAR UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL JUZGADO DE FQUIH BEN SALAH (MARRUECOS) (AAP Zaragoza 2ª 22 diciembre 2022)

90. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PUES CONSTA ACREDITADO DOCUMENTALMENTE QUE LA ACTORA HA VENIDO RESIDIENDO HABITUALMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL AL MENOS SEIS MESES ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE DIVORCIO (AAP Zaragoza 2ª 1 febrero 2023)

91. NO DESPLEGANDO EN ESPAÑA NINGÚN EFECTO LA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, Y DECLARADA LA COMPETENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES, NO EXISTE OBSTÁCULO LEGAL ALGUNO PARA DECLARAR LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO (SAP Madrid 22ª 23 febrero 2023)

92. LEY APLICABLE AL DIVORCIO DETERMINADA POR EL REGLAMENTO 1259/2010 DE 20 DICIEMBRE 2010 POR EL QUE SE SOBRE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL (SAP Barcelona 12ª 17 abril 2023)

93. NO SE APRECIA COSA JUZGADA AL TRATARSE DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR UN TRIBUNAL DE PAÍSES BAJOS SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN CON LA CRISIS MATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES (SAP Ávila 1ª 24 mayo 2023)

DOCUMENTO EXTRANJERO

94. EL NOTARIO SE EQUIPARA AL JUEZ PARA LA ACEPTACIÓN Y EJECUCIÓN EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS OTORGADOS EN MATERIA DE SUCESIONES MORTIS CAUSA (SAP Badajoz 2ª 20 diciembre 2022)

95. EL DOCUMENTO EXTRANJERO HA DE CONTENER LA LEGALIZACIÓN O APOSTILLA Y LOS DEMÁS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU AUTENTICIDAD EN ESPAÑA (SAP A Coruña 3ª 18 octubre 2023)

EXTRANJERÍA

96. EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJERÍA DEBE INSCRIBIR A UNA PERSONA DE NACIONALIDAD ALEMANA CON GÉNERO "INDETERMINADO" TAL Y COMO APARECE EN EL PASAPORTE DE SU PAÍS (STSJ Andalucía CP 4ª 23 enero 2023)

97. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA CONCEDE LA RESIDENCIA TEMPORAL POR ARRAIGO A UN DEMANDANTE CON UN ANTECEDENTE POLICIAL (STSJ Galicia CA 1ª 3 abril 2023)

98. EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA NULO EL ARTÍCULO DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA QUE EXTINGUE EL PERMISO DE RESIDENCIA TEMPORAL EN ESPAÑA POR AUSENCIA DE SEIS MESES (STS 5ª 5 junio 2023)

99. EL TRIBUNAL SUPREMO DETERMINA QUE NO SE PUEDE EXPULSAR MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS MIENTRAS GESTIONAN SU PERMISO DE RESIDENCIA (STS 5ª 11 julio 2023)

FILIACIÓN

100. LA CULPA ESTUVO SOLO DE PARTE DE LA AGENCIA PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO, POR LO QUE EL CONTRATO ES NULO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO, AL TENER UN OBJETO ILÍCITO (SAP Barcelona 17ª 8 septiembre 2022)

101. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN POR NATURALEZA SE RIGE POR LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR, POR LO QUE SE APLICA LA LEY CATALANA Y NO LA ESTATAL (SAP Barcelona 12ª 13 diciembre 2022)

102. EN MARRUECOS LA ADOPCIÓN DE RECOMPENSA (YAZA) O DE ASIMILACIÓN AL RANGO DE HIJO (TANZIL) NO ESTABLECE LA FILIACIÓN Y SE RIGE POR LA NORMATIVA PREVISTA PARA LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS (WASIYYA) (SAP Murcia 5ª 7 marzo 2023)

103. SE PRETENDE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE CADA UNO DE LOS MENORES RESPECTO DE QUIEN NI ES SU PADRE BIOLÓGICO NI TAMPOCO ENCARGÓ SU GESTACIÓN, Y ELLO CON AMPARO EN LA LEY ESPAÑOLA (STS Civ 1ª 16 mayo 2023)

Observaciones: 1. El Tribunal Supremo en su sentencia de 16 mayo 2023 ha rechazado el recurso presentado por el demandante, en el que solicitaba que ambos, demandante y demandado, fueran reconocidos como padres de los cuatro hijos que tuvieron mediante gestación por sustitución. Los niños habían nacido al amparo de dos contratos diferentes de maternidad subrogada, de forma que dos eran hijos biológicos del demandante y los otros dos del demandado; así que en el certificado extranjero de nacimiento de los menores su filiación constaba en este sentido, es decir, dos de los niños como hijos del demandante y los otros dos como hijos del demandado (STS Civ16 mayo 2023 (CENDOJ 28079110012023100700) (ECLI:ES:TS:2023:1958)).

Por lo tanto, lo que está ejercitando el demandante es una doble acción de paternidad, para que, se determine: por un lado, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, estando su paternidad válidamente inscrita en el Registro Civil; y, por otro lado, que su expareja es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del demandante, cuya paternidad también está inscrita en el Registro Civil. En las dos instancias, su demanda ha sido desestimada, al igual que los recursos por infracción procesal y casación, que tampoco han sido aceptados por el Tribunal Supremo.

Los dos motivos en los que se fundamenta el recurso son, en primer lugar, la vulneración del art. 131 Cc, dado que en la sentencia recurrida se concluye que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, lo cual contraviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 enero 2014. En segundo lugar, la vulneración del principio del interés del menor, con infracción del art. 3.1º Convención de la Naciones Unidas, del art. 2.3º LO 1/1996 de Protección del Menor, del art.

8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y de los arts. 7 y 24 Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; como consecuencia de la desestimación de la demanda de filiación.

2. Pues bien, el Tribunal Supremo afirma de manera contundente y clara que lo que pretende el demandante es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de una persona, que ni es su padre biológico, ni tampoco es su padre de intención, pues no encargó en ningún caso su gestación; y todo ello con amparo en la ley española, concretamente en el art. 131 Cc.

No obstante, en contra de lo señalado por el Tribunal Supremo, no es tan evidente que la ley aplicable a la determinación de la filiación sea la ley española. Así, efectivamente, el primer punto de conexión de la norma de conflicto en materia de filiación, es decir del art. 9.4º Cc, es el de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de la demanda. Al respecto señala el Tribunal Supremo que los hijos del demandante viven en un pueblo de Valencia; mientras que los hijos del demandado, como no consta que su estancia en el extranjero sea con vocación de permanencia, ya que durante las vacaciones vienen a España y en la demanda figura un domicilio en España como domicilio del demandado, pues también tendrían residencia en España. Sin embargo, de los hechos del caso no queda claro que los hijos del demandado residan en España, sino todo lo contrario, pues en varias ocasiones a lo largo del procedimiento se pone de manifiesto que el demandado se llevó a vivir con él a México a los dos niños cuya filiación tiene legalmente reconocida. Aunque efectivamente, a partir de la sentencia de primera instancia, las partes han acordado y respetado un amplio régimen de estancias y relaciones de los niños entre sí y con los dos padres, se podría deducir que la residencia habitual de los hijos del demandado no se encuentra en España, sino en México.

Por lo tanto, si el Tribunal Supremo hubiera tenido en cuenta lo anteriormente señalado, se podría haber dado la circunstancia de que la filiación de los niños se habría determinado de acuerdo a dos leyes diferentes: la ley española regularía la filiación de los hijos del demandante, mientras que la ley mejicana se aplicaría a la filiación de los hijos del demandado. De modo que, si la ley mejicana, contemplara también la posesión de estado, como una de las formas de establecimiento de la filiación –lo cual sería lógico y probablemente sea así– y ésta permitiera la determinación de la filiación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión, los hijos del demandado podrían ser reconocidos como hijos del demandante. Lo cual resultaría paradójico, ya que los hijos del demandante, cuya filiación quedaría regulada por la ley española, no podrían ser reconocidos como hijos del demandado, por los argumentos señalados tanto por el Tribunal Supremo como por las instancias anteriores.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo, previendo o no que se pudiese plantear esta posibilidad, estableció que la ley aplicable a la determinación de la filiación de los cuatro niños es la ley española, porque la residencia habitual de los menores se hallaba en España.

3. En cuanto a la posesión de estado, que en el art. 131 Cc es título de legitimación, el Tribunal Supremo aclara que éste no fue el único argumento utilizado por las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 enero 2014, en las que se valoró de manera conjunta, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, la posesión de estado, el interés de los menores en preservar esa relación y la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres.

Por su parte, el demandante señala que, como consecuencia de la convivencia como hermanos de los hijos de los litigantes, –que nacieron con siete meses de diferencia–, se deriva una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y, de esta forma mantener, en interés de los niños, la situación de hecho creada de equiparación de todos los niños.

Pero lo cierto es que ambos progenitores realizaron dos contratos de gestación por sustitución diferentes, en virtud de los cuales, cada uno de los litigantes figuraba como el padre de intención de dos de los niños. Esto quiere decir que la voluntad procreacional de los mismos,

en ese momento, no se llevó a cabo mediante dos contratos de gestación por sustitución, pero en el que ambos constaran como padres de intención o padres comitentes, aunque tuvieron la oportunidad de hacerlo. En este sentido, tampoco posteriormente, los progenitores decidieron adoptar a los niños sobre los que no tenían atribuida la filiación, con el fin de regularizar la situación de convivencia que mantenían los seis, pues hasta la separación vivían todos juntos en Panamá.

Por ello, el Tribunal Supremo concluye que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni tampoco una invocación genérica del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello conlleva, ya que carecen de cobertura legal, ni jurisprudencial.

En definitiva, el vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es suficiente para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. Pues, para este tipo de supuestos el ordenamiento español establece el cauce de la adopción, que tampoco se realizó en su momento. No es el ordenamiento español, por tanto, el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, y que como, posteriormente, no era viable la adopción por la ruptura de la relación, se solicitó el establecimiento de un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador.

4. En lo relativo, al segundo motivo de apelación, el interés de los menores, el Tribunal Supremo señala que éste no puede tenerse en cuenta genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a otros intereses, como son la libertad procreacional, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones o la estabilidad del hijo. Además, el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que podrían derivar de la paternidad reclamada, por sí mismos, no son criterios para atribuir la filiación, y tampoco se encuentran entre los criterios que deban tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor cuando se trata de determinar una concreta filiación, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cuanto al respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, protegido por el art. 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, no exige que deba establecerse la filiación que se reclama. En este sentido, los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, así que llevan sus apellidos, y desde la separación de sus progenitores los menores están perfectamente integrados en sus respectivas familias –como se desprende del acta de exploración de 10 enero 2022, ante la magistrada ponente de la Audiencia Provincial, con asistencia del ministerio fiscal y del letrado de la Administración de justicia–. En el mismo acuerdo suscrito en 2016, las partes acordaban un “régimen relativo a los cuatro niños fruto del proyecto ideado en común en tanto los mismos convivan juntos”, convivencia que cesó por la posterior falta de acuerdo entre los progenitores, en su mayor parte por cuestiones económicas.

Coincidiendo con el fiscal, el Tribunal Supremo señala que con la demanda no se pretende mantener una unidad familiar que ya está rota, y tampoco se comprende el beneficio que supondría la declaración de la filiación pretendida. En todo caso, la cotitularidad de la patria potestad por dos personas, cuyas vidas, intereses y opiniones no transcurren paralelas, constituiría una fuente de conflictos al tener que tomar cada uno parte en las decisiones que afectan a los hijos del otro, en cuestiones tales como la salud, la educación, los viajes, etc. Esta conflictividad ya se constató en el pasado, según se deduce de las actuaciones, cuando por razones laborales el demandado quiso trasladar su residencia; dicho lo cual, la atribución de la filiación solicitada solo tendría una incidencia negativa en la estabilidad de los menores, que desde hace

más de cuatro años viven cada uno con su padre, en distintos países, con formas de vida y educaciones diferentes.

Por todo ello, el Tribunal Supremo comparte el criterio del fiscal recogido en su informe, en el sentido de que la sentencia recurrida no ha vulnerado el interés de los menores. La opción mejor y más adecuada, es la que acogió la sentencia de primera instancia, que se mantiene en apelación y que garantiza el derecho efectivo de los menores a mantener vínculos y relacionarse con aquellas personas con las que les une una relación afectiva. La solución consiste en un generoso sistema que regula sus relaciones, acordada por ambas partes, que consta de un amplio régimen de estancias y relaciones que son mayores de las que se fijan para los meros allegados; y que permite a los niños compartir juntos todos los periodos vacacionales, la mitad con cada uno de los progenitores. Este sistema se viene ejecutando sin que conste que haya habido ningún incidente y lo que es más importante, al que los cuatro niños se han adaptado perfectamente.

5. La conclusión del Tribunal Supremo es, por tanto, que amparándose en el art. 131 Cc, que recoge la posesión de estado, no es posible el establecimiento de la filiación de los menores en favor de una persona, que ni es su padre biológico, ni tampoco es su padre de intención, dado que no es quien llevó a cabo el contrato de gestación por sustitución.

M^a José CASTELLANOS RUIZ*

104. DETERMINACIÓN JURISDICCIÓN COMPETENTE Y DEL DERECHO APLICABLE PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA FILIACIÓN Y ALIMENTOS DE CIUDADANOS VENEZOLANOS (SAP A Coruña 3^a 24 mayo 2023)

105. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LA MENOR CONFORME A LA LEY ESPAÑOL POR POSESIÓN DE ESTADO CHOCA EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA CON LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA GESTANTE Y DEL NIÑO (SAP Madrid 24^a 27 septiembre 2023)

Observaciones: 1. La irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida junto a la aparición de nuevos modelos de familia en las últimas décadas han venido a plantear importantes retos para el Derecho, especialmente en materia de filiación. La intervención de terceros en la procreación a través de la “donación” de gametos, embriones y, dado el caso, de la cesión de la capacidad de gestar, ha permitido solventar supuestos de infertilidad médica y de infertilidad social. Pero, al mismo tiempo, y dejando a un lado las posibles consideraciones éticas, morales y sociales que se pudieran plantear, lo cierto es que el recurso a este tipo de técnicas de reproducción humana asistida (heterólogas) ha venido a torpedear la línea de flotación de las reglas legales de determinación de la filiación, tradicionalmente basadas en el principio paulino *mater semper certa est* y en la búsqueda de la veracidad biológica.

2. En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27.5.2006), permite el recurso tanto a TRHA homólogas como heterólogas, con la única excepción de la gestación por sustitución. Según el art. 10 Ley 14/2006: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Esta situación explica que, desde hace tiempo, muchos ciudadanos españoles hayan acudido, y sigan haciéndolo, a países donde la gestación por sustitución está permitida. Una vez nacido el niño en el extranjero, y determinada legalmente su filiación a favor del padre/madre o padres de intención en el Estado de nacimiento del hijo, se trata de dar

* Profesora Doctora Acreditada a Titular de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

continuidad a esa situación legal en España, bien a través de la tutela por reconocimiento o bien a través de la tutela por declaración.

3. La SAP Madrid 24ª 27 septiembre 2023 (ECLI:ES: APM:2023:14977) se enmarca en el ámbito de la tutela por declaración: Los hechos de los que trae causa esta litis son como siguen: una pareja heterosexual, de nacionalidad española y domicilio en España recurre a un proceso de gestación por sustitución en Ucrania, fruto del cual nace una niña en 2020 en Kiev. Conforme a la legislación ucraniana, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se determina legalmente a favor de los padres de intención, sin que conste mención alguna a la madre/mujer gestante. Una vez en España, la pareja solicita ante los Tribunales españoles la determinación legal de la filiación de la menor. El padre, al haber aportado material genético, ejercita una acción declarativa de filiación no matrimonial contra la mujer gestante, y la madre de intención, por su parte, reclama la filiación materna de la menor por posesión de estado (art. 131 Cc). El Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, en Sentencia de 2 noviembre 2022 estima la demanda de determinación legal de la filiación paterna no matrimonial y desestima la demanda de determinación legal de la filiación materna. Recurrída en apelación dicha resolución judicial, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 27 septiembre 2023 ratifica la sentencia de instancia, y lo hace sustentando su fundamentación jurídica en la STS Civ 31 marzo 2022, con base en dos argumentos: (1) la gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la CE y en los Convenios internacionales; (2) Para proteger el interés superior de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, el cauce adecuado para determinar la filiación del progenitor no biológico no es la posesión de estado sino la adopción. En ningún momento, la Audiencia Provincial de Madrid entra a valorar las circunstancias que rodean el caso concreto.

4. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, son varias las cuestiones que llaman poderosamente la atención de la sentencia objeto de comentario. En primer lugar, el mencionado tribunal aun teniendo en cuenta que no se encuentra ante un supuesto de validez extraterritorial de decisiones extranjeras, y resultando de aplicación en virtud del art. 9.4º Cc, el Derecho español (Ley del Estado de la residencia habitual del hijo como primer punto de conexión), enfoca la solución del supuesto desde el prisma de la excepción de orden público internacional. En segundo lugar, la Audiencia Provincial de Madrid no entra a valorar en el caso concreto el interés superior del menor, limitándose a realizar una aplicación literal de la doctrina jurisprudencial sentada por el TS en Sentencia de 2 noviembre 2022 para un caso totalmente distinto, pero cuyo único denominador común es el modo de la generación del hijo (gestación por sustitución en el extranjero). En tercer lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, tratándose de la determinación de la filiación legal de un menor nacido mediante gestación por sustitución conforme al Derecho español y, por tanto, resultando de aplicación el art. 10.3º Ley 14/2006 y el art. 131 Cc procedería valorar si, en este caso concreto, podría prosperar la acción de filiación por posesión de estado, teniendo en cuenta el interés superior del menor sin atender al modo de la generación del hijo.

5. Orden público internacional español y gestación por sustitución. En Derecho Internacional Privado, en adelante DIPr, el orden público internacional constituye un mecanismo técnico jurídico que puede ser empleado en sede de Derecho aplicable, una vez declarados competentes los Tribunales españoles para conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional o cuando se trata de reconocer eficacia en España a resoluciones o documentos públicos extranjeros en nuestro país. En el primer caso, la excepción de orden público internacional tiene por función impedir la creación en España conforme al Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto del foro de una relación jurídica contraria a los principios esenciales del ordenamiento jurídico español. En este sentido, la excepción de orden público internacional actúa como mecanismo de protección frente a las externalidades negativas a las que podría conducir la aplicación del Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto española. En el segundo caso,

el orden público internacional español trata de garantizar que la decisión extranjera cuyos efectos pretenden ser reconocidos en nuestro país no vulneren los principios esenciales que sustentan y hacen posible la cohesión y paz social. En este caso, como se verá a continuación, la alegación de la excepción de orden público internacional sólo sería posible si la norma de conflicto del foro hubiese remitido a la aplicación de un Derecho extranjero.

Teniendo en cuenta que la parte demandante y ahora recurrente no pretende el reconocimiento de una decisión extranjera sino la determinación en España de la filiación no matrimonial de una menor nacida en el extranjero mediante gestación por sustitución, procedería en primer lugar, comprobar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para entrar a conocer de este asunto. No deja de llamar la atención que, entre las alegaciones de la parte apelante, –que dicho sea de paso deja sin resolver la Audiencia Provincial de Madrid–, se invoque “falta de competencia de los tribunales españoles para juzgar hechos realizados en el extranjero, concretamente en Ucrania en donde está autorizada con determinados requisitos la gestación subrogada”. En este caso, y en defecto de instrumento internacional (art. 21 LOPJ), los Tribunales españoles resultarán competentes en virtud de los foros contenidos en el art. 22 quáter, letra d, LOPJ. Una vez resuelta la cuestión de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, presupuesto del proceso (art. 117 CE, art. 4 LOPJ), la determinación del Derecho aplicable deberá efectuarse, en defecto de instrumento internacional (arts. 93 y 96 CE, art. 1. 5º Cc), mediante la aplicación de las normas de producción interna en este caso, el art. 9.4º CC.

La norma de conflicto contenida en la mencionada disposición es una norma materialmente orientada, inspirada en los principios de *favor filii* y de interés superior del menor, con múltiples puntos de conexión que funcionan de manera jerarquizada, siendo el primero de ellos la residencia habitual del hijo. En este caso concreto, y residiendo habitualmente la menor en España, para resolver la determinación de la filiación legal de la menor en España, resultará de aplicación el Derecho español. Desde el punto de vista técnico jurídico, no cabe recurso alguno a la excepción de orden público internacional español. El caso, que aquí se comenta, debe ser resuelto de conformidad con la legislación española (Cc, Ley 14/2006 y LRC) y la abundante jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución (art. 8 CEDH).

6. TS (Sala de los Civil) y gestación por sustitución. La Audiencia Provincial de Madrid recurre para resolver este caso concreto a la doctrina jurisprudencial del TS sentada en la Sentencia del Pleno (Sala Civil), de 31 marzo 2022 (ECLI: ES:TS:2022:1153). Y, no podemos pasar por alto esta cuestión que, sin ser objeto de este comentario, consideramos de especial relevancia. Conviene recordar, en este sentido, que por Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación, de 27 enero 2017, se vino a crear un nuevo concepto de “jurisprudencia”. De tal suerte que, desde entonces, existen dos tipos de sentencias que no requieren de reiteración para sustentar un recurso de casación: a) las sentencias del Pleno y; b) las sentencias dictadas para fijar la doctrina que corresponda en los recursos por interés casacional (art. 487.3º LEC). La consideración de una única sentencia para la formación de doctrina jurisprudencial provoca efectos perversos para el Estado de Derecho. En primer lugar, porque con ello el Tribunal Supremo se arroga una función legislativa que no le corresponde, desvirtuando así el papel complementario del ordenamiento jurídico que ha de desempeñar la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (art. 1.6º Cc). En segundo lugar, en las sentencias del Pleno no existe posibilidad de discrepancia a través de votos particulares, adquiriendo especial relevancia la opinión y capacidad del ponente, para imponer su criterio.

La Sentencia del Pleno (Sala de los Civil) de 31 marzo 2022, que sirve de fundamentación jurídica a la sentencia comentada, fija doctrina jurisprudencial con carácter general sobre determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, basándose en un caso muy concreto. En este supuesto se solicitaba la determinación legal de la filiación materna no matrimonial por posesión de estado respecto a un menor nacido mediante gestación subrogada en Tabasco (México). La madre de intención no tenía pareja, en el proceso

de gestación subrogada se había recurrido a donación de embrionaria, por tanto, no existía vinculación biológica con el niño. En el contrato de gestación por sustitución la madre gestante renunciaba a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el hijo en el momento del parto a cambio de un precio. Además, se incluían una serie de cláusulas totalmente contrarias a los derechos más esenciales de la madre gestante, como el derecho a la confidencialidad sanitaria, libertad para decidir sobre el número de transferencias embrionarias y sobre cuestiones propias del embarazo, libertad de movimiento, etc. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de Madrid. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 1 diciembre 2020 acordó declarar a la madre de intención como madre legal del menor en España, y ello, sobre la base de dos argumentos: 1) la posesión de estado de la relación de filiación; 2) la protección del interés superior del menor, en tanto que no resulta viable en este supuesto acudir a la figura jurídica de la adopción, por la diferencia de edad existente entre la madre de intención y el menor.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación dicha sentencia, y el TS partiendo y confirmando la Sentencia del Pleno anterior, de 6 febrero 2014 y el Auto de 2 febrero 2015 sienta doctrina estimando que: 1º) La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos; 2º) De conformidad con el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 enero 2018, los contratos de gestación por sustitución comercial constituyen venta de niños en virtud del art. 1 y art. 2 a) del Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; 3º) La filiación de los menores, debe reconocerse siempre que exista una relación familiar de facto con quien pretende el reconocimiento de la paternidad/maternidad a su favor incluso en ausencia de lazos biológicos siempre que existan determinados vínculos personales afectivos y los mismos tengan una relación relevante. Así lo exige el interés del menor y su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro del cual se incluye la determinación de la filiación y la integración en un núcleo familiar; 4º) En Derecho español, la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad (art. 10. 3º LTRHA) y respecto a la madre comitente a través de la adopción; 5º) La exigencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la legislación española (art. 176.2.3º Cc) “no tiene carácter absoluto”, no siendo “un obstáculo excesivo”; 6º) Se impone la filiación adoptiva respecto al progenitor no gestante para desincentivar la práctica de la gestación por sustitución comercial en el extranjero, impidiendo así el reconocimiento casi automático en España a través de otras vías legales, por haberse vulnerado “los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”.

No se alcanza a entender que aplicándose el Derecho español en virtud del art. 9.4º Cc, y por ende el art. 10.1º LTRHA que declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, el TS recurra al orden público internacional español y que además lo aplique mal, con carácter general y no en el caso concreto, para afirmar que todos los contratos de gestación por sustitución vulneran gravemente los derechos de mujeres y niños. Dicha afirmación tendría sentido, a pesar de que el orden público internacional, insistimos, solo puede aplicarse en el caso concreto, si con ello el Alto Tribunal quisiera imponer la adopción como único modo de determinación de la filiación no matrimonial de la madre no biológica de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, excluyendo así otros posibles modos de determinación de la filiación contemplados en el ordenamiento jurídico español, como puedan ser el reconocimiento de complacencia o el consentimiento y existencia de un proyecto procreativo común en el caso de técnicas de reproducción humana asistida. Aplicando la doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil) al

supuesto de hecho de la sentencia que comentamos se observa el sinsentido de esta solución. En este caso, nos encontramos con un progenitor biológico cuya filiación queda determinada, una madre legal que en su momento manifestó su voluntad de renunciar al hijo, una madre de intención con un proyecto reproductivo común con su pareja y que de facto ejerce como madre de la menor, pero a la que se le deniega la filiación por posesión de estado y a la que se obliga a acudir a un procedimiento de adopción. Y todo ello, porque el TS considera que, en los casos de gestación por sustitución, la adopción constituye la mejor forma de proteger los derechos de las mujeres gestantes y de los niños en general. No tiene en cuenta sin embargo el TS que convirtiendo la adopción en una media preventiva para evitar el recurso a la gestación por sustitución en el extranjero, no sólo se desatiende el interés superior del menor cuya filiación debe ser determinada sino que además no se alcanza el objetivo inicialmente perseguido en tanto que el procedimiento de adopción en España no se dirige a proteger y garantizar los derechos de las mujeres gestantes y de los niños en el proceso de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero.

La doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil), y tal vez esto sea lo más grave al tratarse de una sentencia dictada en Pleno con importantes repercusiones en los Tribunales inferiores como es el caso de la sentencia objeto de comentario, parte de una falacia. Si bien es cierto que el contrato de gestación por sustitución del que trae causa la Sentencia del Pleno del TS vulnera los derechos de la madre gestante, no lo es menos que ni todos los contratos de gestación por sustitución vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales en los que España es parte, ni todos los contratos de gestación por sustitución constituyen venta de niños, ni explotación de las mujeres gestantes ni trata de seres humanos con fines de explotación. Así lo establece con claridad meridiana el mismo Informe de las Naciones Unidas que el propio TS cita.

7. Informes de la Relatora Especial. El Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 enero 2018 (A/HRC/60) contiene un estudio temático sobre la gestación por sustitución, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar. En el mencionado Informe se establece cuando y en qué supuestos existe venta de niños de conformidad a la normativa internacional. Pero también indica que la gestación por sustitución de carácter comercial no constituye venta de niños si se regula estrictamente a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales y de forma opuesta a lo que impera en muchos regímenes comerciales de gestación por sustitución, como los existentes en varios Estados de EEUU (California, Maine y New Hampshire).

Para que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituye venta de niños, resulta esencial, según el Informe de la Relatora Especial (2018), que la madre de alquiler solo pueda recibir un pago/remuneración por los servicios de gestación y no por el traslado jurídico y físico del niño. Además, han de darse las siguientes condiciones: 1º) Debe otorgarse la condición de madre a la mujer gestante en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado físico o jurídico del niño. El contrato de gestación por sustitución solo puede tener por objeto el acto de gestación y parto, no la patria potestad y la responsabilidad parental ni la entrega del niño; 2º) La madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico y físico del niño con posterioridad al parto y todos los pagos deberán de tener carácter no reembolsable, incluso si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad parental; 3º) La madre de alquiler no puede estar obligada a renunciar a su condición de madre con arreglo al contrato de maternidad subrogada; 4º) Si la madre de alquiler opta, después del parto, por renunciar a la patria potestad y entregar al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, su acto debe ser totalmente gratuito (puntos 72 a 74).

En un Informe posterior, presentado por la Relatora Especial ante la AG de las UN, el 15 julio 2019 (A/74/162), también centrado en la gestación por sustitución desde la perspectiva del

interés superior del menor, se recuerda a los Estados su obligación de dar debido cumplimiento a la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 (BOE 31.12.1990). También se indica que las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la gestación por sustitución deben respetar: a) el derecho del niño a no ser discriminado por razón de nacimiento (art. 2 CNYDN); b) el derecho a la identidad (art. 7 CNYDN), que engloba el derecho al registro de nacimiento, a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por estos. Si bien es cierto, la gestación por sustitución cambia los elementos constitutivos de la identidad al romper el vínculo entre la filiación genética, gestacional y social, los derechos fundamentales del niño siguen siendo los mismos; c) Derecho del niño a conocer y acceder a sus orígenes (arts. 7 y 8 CNYDN). En este sentido, la aplicación general del anonimato para los donantes de gametos o la madre subrogante, en particular, registrando únicamente a los futuros padres en el certificado de nacimiento, impedirá que el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución tenga acceso a sus orígenes. Se trata de una violación especialmente frecuente de los derechos del niño en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, que se ve agravada en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución (párrafo 38); d) Derecho del niño a vivir en un entorno familiar (arts. 5.7º, 9, 10 16 y 18).

En el Informe 2019 de la Relatora Espacial también se hace hincapié en que todas las decisiones judiciales, las legislaciones y las políticas y prácticas relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución, tienen que velar por el principio fundamental del interés superior del menor en su triple dimensión (art. 3 CNYDN): como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

En ambos Informes se llega a la conclusión de que la mejor forma de evitar la venta y el tráfico de niños a través de contratos de gestación por sustitución no es la prohibición sino una regulación, tanto a nivel nacional como internacional, que garantice los derechos humanos de todas las partes intervinientes, especialmente de las más vulnerables: mujeres y niños. Por ello mismo, se hace un llamamiento a todos los Estados para que apoyen los trabajos que se están desarrollando en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de filiación.

Mientras tanto, en España, seguiremos lidiando con la insólita doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil) y con la defectuosa Instrucción DGRN 5 octubre 2010 (BOE 7.10.2010), sin que ninguna de ellas resulte efectiva para proteger y garantizar los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes en un proceso de gestación por sustitución, especialmente de los más vulnerables: mujeres gestantes y niños.

Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

FRANQUICIA

106. LITIGIO DERIVADO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA, DE CINCO AÑOS DE DURACIÓN, PARA EXPLOTAR UNA MARCA EN COLOMBIA (SAP Barcelona 1ª 31 julio 2023)

INCAPACES MAYORES

107. APLICACIÓN DE LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL A LAS MEDIDAS DE APOYO PARA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD ORIGINARIA DE PARAGUAY (SAP Barcelona 18ª 20 septiembre 2022)

Observaciones: Tras la entrada en vigor de 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

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Cantabria.

capacidad jurídica, no ha tardado mucho en dictarse Sentencias relativas a protección de personas mayores. El número de Sentencias, en general, no es abundante, lo cual resulta acorde con el hecho de que la vía judicial se guía por el principio de intervención mínima establecido en el art. 255 Cc.

No ha tardado tampoco en llegar a los Tribunales, situaciones en las cuales existen elementos de extranjería y elementos interregionales. Tales situaciones reclaman la solución de conflictos de leyes, que se plantean en dos niveles: Internacional e interno o interregional.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona versa sobre las medidas de apoyo relativas a un nacional paraguayo con residencia habitual en Cataluña. Como voy a exponer esta sentencia da muestra de las graves deficiencias argumentales que se detectan en la sentencia apelada de primera instancia. A su vez, ella misma, nos muestra ausencias argumentales, demasiado habituales, en los razonamientos jurídicos de los tribunales españoles, que olvidan examinar su competencia judicial internacional. Mención especial merece la confusión entre las soluciones de los conflictos de leyes internos e internacionales, lo que viene siendo un “clásico” de nuestra jurisprudencia patria.

Por lo que se refiere al pleito de primera instancia, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Ministerio Fiscal formula recurso (con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley) y solicita que no se establezca medidas de apoyo algunas, sin hacer referencia a la ley aplicable. La Audiencia Provincial detecta, muy bien, la ausencia de marco normativo en su fundamento de Derecho segundo.

Respecto de la Sentencia apelada, la Audiencia pone de relieve que “hace referencia de forma conjunta y confusa a la legislación del Código Civil y a la ley de Paraguay sin razonar si aplica una u otra y en qué ámbitos se aplica”. De nuevo acierta en detectar el error argumentativo y en seleccionar la norma de conflicto que determinará la ley aplicable: el art. 9.6º Cc.

Ahora bien, no se percata de que al existir elementos de extranjería (en este supuesto, la nacionalidad paraguaya de la persona afectada) debería de haber determinado, en primer lugar, su competencia judicial internacional para conocer del asunto. Al respecto debería haberse acudido al art. 22 quater de la LOPJ en materia relacionada con las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes. Tal precepto determina que serán competentes los Tribunales españoles cuando la persona mayor de edad tuviera su residencia habitual en España.

Una vez delimitada la competencia judicial internacional es cuando se debe determinar la ley aplicable, con base a lo dispuesto en el art. 9.6º Cc. Para ello la sentencia tiene en cuenta dos datos: la persona es originaria de Paraguay y reside en España desde 2012.

Como la residencia habitual es retenida como punto de conexión por el art. 9.6º que dispone que “la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual”, se concluye “que se debe aplicar la ley catalana, por encontrarse en Cataluña la residencia habitual de la persona para la que se solicitan medidas”.

En el razonamiento jurídico seguido por la Audiencia, se observa una confusión entre el conflicto de leyes internacional con el conflicto de leyes interno. Obsérvese que el art. 9.6º determina la aplicación de la ley de la residencia habitual, esto es, la española. De esta manera se resuelve el conflicto de leyes internacional.

Quedará por resolver el conflicto de leyes interno, puesto que habrá que determinar cuál de las leyes que coexisten en España se van a aplicar. Para ello de debe acudir a nuestro sistema de solución de conflictos de leyes interno y por ende, al art. 16 Cc que nos remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar; lo que supone aplicar el art. 9.6º que establece como ley aplicable, la de la residencia habitual en España y ahora sí, la ley catalana.

Puede pensarse que este ejercicio argumentativo es demasiado complejo cuando el resultado material es el mismo: aplicación del Derecho catalán. Sin embargo, debe tenerse muy presente que coyunturalmente el resultado es el mismo, en la actualidad, pero podría no serlo. Ello

ocurriría cuando las soluciones dadas a los conflictos de leyes internos e internacionales fueran diferentes; amen de la gravedad de obviar nuestro propio sistema de solución de conflictos interno.

Debe tenerse presente, al respecto, la propuesta de Reglamento de la Unión Europea de protección de adultos, que es de prever que de lugar a un Reglamento que supondrá un punto de inflexión en la regulación española de esta materia. Primero, porque vendrá a corregir la deficiente regulación internacional privatista que nos han dejado la Ley 8/2021. Segundo, porque es más que probable que como ocurre con el resto de Reglamentos de la Unión Europea, sus soluciones no arrastren a las normas de Derecho interregional; entonces, nótese que el art. 9.6º (vía art. 16 Cc) sólo será operativo para resolver los conflictos de leyes internos, y ello aún cuando no está adaptado para resolverlos (*vid.* al respecto “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *La Ley*, 2021 pp.1–22 y “Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional”, *REDI* en prensa).

En definitiva, la sentencia comentada ofrece la virtualidad, nada desdeñable, de haber determinado la ley aplicable al supuesto planteado, con base al art. 9.6º Cc, teniendo en cuenta el que se generaba un conflicto de leyes. Sin embargo, no diferencia entre el conflicto de leyes internacional que se produce y el conflicto de leyes interno, utilizando la solución del primero de manera directa para seleccionar la norma catalana. Debe insistirse en la importancia de aplicar, en todo caso, nuestro sistema de solución de conflictos de leyes internos.

A su vez, debe insistirse en que los órganos jurisdiccionales examinen su competencia judicial internacional, siempre que en el supuesto de hecho concurren elementos internacionales. Huelga decir la importancia que tiene esta comprobación que debería realizarse de manera sistemática y casi, si se me permite la expresión, “en piloto automático”.

María del Pilar DIAGO DIAGO*

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

108. UN ACTO DE NACIONALIZACIÓN DE LOS TERRENOS SITUADOS EN PLAYA ESMERALDA HA DE SER CONSIDERADO COMO DE *IURE IMPERII* Y POR ESTE MOTIVO LOS HECHOS OBJETO DE ESTE PROCEDIMIENTO SE ENCUENTRAN PROTEGIDOS POR LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN QUE OSTENTA LA REPÚBLICA DE CUBA (AUTO JPI, SECC. 24ª) PALMA DE MALLORCA 27 ENERO 2023)

INSOLVENCIA

109. CONCURSO DE ACREEDORES TRANSFRONTERIZO, ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA (SAP Alicante 8ª 12 mayo 2023)

Observaciones: 1. Unas fincas propiedad de una empresa en concurso domiciliada en España son adjudicadas a uno de sus acreedores, con domicilio en los Países Bajos, por tener una hipoteca a su favor. Pero la administración concursal presenta una demanda por cobro indebido y enriquecimiento injusto contra dicho acreedor hipotecario; entiende que no cabía el privilegio especial sobre los bienes hipotecados, al ser un acreedor subordinado, dada la especial relación societaria entre concursado y acreedor. Además, invoca infracción procesal por no contar con la autorización del juez del concurso para continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Zaragoza.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la acción por enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario, valorado en más de treinta y un millones de euros, pero la AP, en esta interesante Sentencia de 12 mayo 2023, estima el recurso de apelación y declara la nulidad de actuaciones. Aunque sostiene que los tribunales españoles son competentes, observa una falta de competencia objetiva del citado Juzgado Mercantil.

Antes de entrar en el fondo, conviene destacar que hay en el caso un problema de Derecho transitorio. El concurso se declara por Auto de fecha 12 septiembre 2014 y ello hace inaplicable el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Nótese que, según su art. 92, la apertura del concurso es anterior a su aprobación, a su entrada en vigor (a los veinte días de su publicación en el DOUE) y a su aplicación temporal (a partir de 26 junio 2017). Nótese, también, que dicho Reglamento no tiene carácter retroactivo, sino que se aplica únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran después de dicha fecha (art. 84). Se trata, no obstante, de una cuestión más bien formal, porque el Reglamento de 2015 recoge la jurisprudencia que se venía aplicando a estos efectos respecto de su antecesor, el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, que resulta aplicable *ratione temporis*. Hay también un conflicto internacional transitorio en lo que respecta a la ley aplicable. El Reglamento remite a la ley española como ley rectora del concurso: la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal estaba vigente a la fecha de apertura del concurso y de presentación de la demanda incidental (en adelante LC), aunque durante la sustanciación del procedimiento se aprobara el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

2. Sea como fuere, el mayor interés de la Sentencia para el Derecho internacional privado es la excepción de falta de competencia judicial internacional. A este respecto, conviene distinguir dos cuestiones: por un lado, la calificación de la acción como común o no concursal al efecto de aplicar el Reglamento (UE) nº 1215/2012 “Bruselas I.bis”, en materia civil y mercantil, y no el Reglamento europeo de insolvencia de 2000; por otro lado, una vez subsumida la acción en el Reglamento “Bruselas I.bis”, la concreta aplicación de sus normas de competencia judicial.

La Sentencia parte, a mi juicio acertadamente, de que la acción no puede calificarse como concursal desde un doble parámetro, sustantivo y procesal. Se cita a estos efectos la STJUE 6 febrero 2019 (NK, asunto C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96), junto con el art. 6.1º del Reglamento europeo de insolvencia de 2015, en su segunda versión, que, como se ha indicado, todavía no resultaba aplicable. No es una cita exhaustiva de la abundante jurisprudencia del TJUE, pero sí suficiente, pues es sabido que el Tribunal en cada una de sus sentencias acostumbra a recopilar toda la jurisprudencia previa. Dentro de este planteamiento inicial acertado, conviene destacar que, como apunta la AP, el alcance de la competencia concursal es estricto o, dicho de otro modo, no existe una *vis attractiva* de la competencia de los tribunales del Estado del concurso para asuntos basados en Derecho común o no vinculados con el procedimiento concursal.

3. En este contexto, la Sentencia destaca que, desde un parámetro sustantivo, la acción ejercitada es de Derecho común, fundada en las normas generales de Derecho civil en lo que respecta al enriquecimiento injusto, y que no se basa en la legislación concursal ni están presentes reglas excepcionales y específicas de los procedimientos de insolvencia. Ya en primera instancia se identificó la acción como una acción de impugnación del Derecho común, de las previstas en el art. 238 TRLC (antiguo art. 71.6º LC), por tratarse de un cobro “en forma extraconcursal”. A *sensu contrario*, acierta la Audiencia al no dar relevancia al hecho de que el importe reclamado en la demanda se integre en la masa activa. Este condicionante no modifica “de manera sustancial la naturaleza de tal acción”, si bien es verdad que, en la jurisprudencia del TJUE, ha tenido bastante relevancia. La AP repara, igualmente, en que no se trata de una acción revocatoria concursal, cosa cierta, pero no decisiva porque hay acciones concursales más allá de las revocatorias.

A pesar de lo correcto de la argumentación, quizá pasa desapercibido un problema subyacente complejo: se trata de una acción de Derecho común (enriquecimiento injusto), pero cuya fundamentación sí se justifica en el Derecho concursal (ejecución judicial indebida por

incumplimiento de normativa concursal). En este sentido, el TJUE, en su Sentencia de 2 julio 2009 (*SCT Industri*, asunto C-111/08, ECLI:EU:C:2009:419), abordó una situación similar: una acción de Derecho común (acción reivindicatoria) con una fundamentación concursal (el administrador concursal no tenía poderes para acordar la transmisión patrimonial). Y, en aquella ocasión, el Alto Tribunal no dudó en una calificación concursal, a diferencia de lo aquí sostenido por la AP. En cualquier caso, mi opinión es coincidente con la de la AP respecto de que no son acciones concursales aquellas de Derecho común, pese a que incorporen alguna cuestión específica de Derecho concursal; de hecho, ya expresé mis dudas a la posición del TJUE en la “Nota” a dicha Sentencia *SCT Industri* (REDI LXII, 2010–1, pp. 202–204). A mi juicio, este tipo de acciones deben analizarse desde una lógica de competencia incidental concursal–competencia principal común. La competencia para la acción común de enriquecimiento injusto se somete al Reglamento “Bruselas I.bis”. Pero el tribunal que conozca de dicha acción tendría una competencia incidental para la cuestión concursal previa que se plantea, regida, además, por la ley del Estado de apertura del concurso, *in casu*: si existía o no privilegio especial hipotecario e infracción procesal por falta de autorización del juez del concurso. El planteamiento expuesto de competencia principal general–competencia incidental concursal no ha sido muy desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina. Sin embargo, en modo alguno resulta ajeno al Reglamento “Bruselas I.bis”, que tiene un ejemplo notorio y pacífico con el que se puede hacer un paralelismo: las acciones de nulidad de contratos por incapacidad de las partes. Estas acciones no dejan de someterse al Reglamento “Bruselas I.bis” por mucho que la incapacidad sea una cuestión previa excluida de dicha norma (art. 1.2º).

4. Descartada la calificación concursal desde un punto de vista sustantivo, ya ni siquiera sería necesario entrar en el segundo parámetro de la calificación concursal, el procesal, a saber: la vinculación procedimental de la acción con el concurso. No obstante, es muy interesante el criterio que cita la AP: la acción se podría haber ejercitado incluso aunque no existiera procedimiento concursal, antes o después de sustanciarse este. Por consiguiente, la acción no guarda una estrecha vinculación procesal con el concurso, algo que, por cierto, ya ocurría en el ya cuestionado asunto *SCT Industri*, donde se ejercitó la acción reivindicatoria, una vez concluido el concurso. En estas circunstancias, acierta la Audiencia al señalar que el mero hecho de que la administración concursal sea quien ejercite la acción y ostente la legitimación activa no es suficiente para encontrar esa fundamentación. Máxime cuando dicha legitimación también la tendrían los acreedores y el propio deudor a la vista del anterior art. 54.4º LC.

Hay un último argumento sobre la desvinculación procesal de la acción respecto del concurso, en el que la AP no repara pero que sí es un buen elemento de reflexión: la falta de competencia objetiva del juez del concurso. En efecto, en otro pasaje de la Sentencia, se estima el recurso de apelación con base en la falta de competencia objetiva del Juez de lo Mercantil, pues considera que la competencia corresponde a los juzgados de primera instancia. Es verdad que este motivo se refiere a la legislación procesal interna. También, que la competencia internacional juega en un estadio anterior y que puede haber acciones concursales que se sustancien ante jueces distintos del declarante del concurso, como recuerda el propio Reglamento europeo de insolvencia, cuando se refiere a resoluciones concursales “incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional” (art. 32.1º). Pero también es cierto que, si se trata de analizar la falta de vinculación procesal de una acción con el concurso, la incompetencia del juez del concurso debe ser un indicio a tener en cuenta.

5. Afirmada la calificación de la acción como no concursal, la AP entiende que los tribunales españoles son competentes con base en las normas generales de Derecho procesal civil internacional y, en particular, en el marco del Reglamento “Bruselas I.bis”, aspecto al que dedicaremos la segunda parte de este comentario. No cabe duda de que hay una competencia exclusiva de los tribunales españoles para el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles radicados en España. Esta se basa, en mi opinión, en el ap. 1 del art. 24, al tratarse de una acción en materia de derechos reales inmobiliarios, más que en el ap. 5, relativo

a las acciones ejecutivas de resoluciones judiciales. Ocurre, sin embargo, que la acción ejercitada en el caso no se refiere a la paralización o no de la ejecución hipotecaria, sino al daño causado por dicha ejecución. Por así decir, la acción toma como antecedente esa ejecución hipotecaria, pero se trata ya de un hecho consumado, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria ya está finalizado. No parece, por tanto, que la competencia exclusiva sobre la ejecución hipotecaria se extienda a acciones futuras por daños. La acción no se fundamenta en la legislación de derechos reales ni se vincula al procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta interpretación se muestra, además, acorde con la del TJUE, que, en su Sentencia de 9 diciembre 2021, *HRVATSKE ŠUME* (C-242/20, ECLI:EU:C:2021:985), analiza la competencia judicial para un enriquecimiento injusto por una ejecución judicial indebida y concluye que este tipo de acciones “no tiene como finalidad que se resuelva una controversia relativa a la utilización de la fuerza, el apremio o la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de una resolución o de un acto”.

6. Al no estar afectada ninguna competencia exclusiva, procede valorar si existe sumisión a algún tribunal (arts. 25 y 26), cosa que no consta, aunque ni siquiera se menciona en la Sentencia. Por esta razón, la AP se refiere a la norma de competencia general, el domicilio del demandado (art. 4), para apuntar que, en principio, los tribunales neerlandeses serían competentes. Pero, como alternativa, la AP se refiere a las reglas de competencia en materia contractual, por existir un “contrato de apertura de cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria”. Invoca, en este sentido, el art. 7, ap. 1, letra a), por el cual, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. Entiende que esta obligación es la devolución del crédito originario, causante de la iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria que deriva en una adjudicación indebida. Argumenta, además, que esta debe cumplirse en España y que, por ello, los tribunales españoles son competentes. Es curioso, no obstante, que no se concreta por qué se entiende que la obligación base a la demanda debe cumplirse en España. Hubiera sido necesario aclarar si las cuotas del crédito hipotecario se cargan a una oficina bancaria radicada en territorio español.

Sin cuestionar el esfuerzo de la AP, en este razonamiento se ponen de manifiesto algunas de las debilidades del Derecho procesal civil europeo. El tribunal entiende que, para las acciones de enriquecimiento injusto, es competente el tribunal que debe conocer de la relación jurídica previa, el contrato, del que deriva dicho enriquecimiento. Se trata de una postura sólida, pero también es verdad que el Reglamento “Bruselas I.bis” guarda silencio en este punto y tiene un foro de competencia específico para las obligaciones “cuasidelictuales” (art. 7.2º). Y todo ello a diferencia del Reglamento (CE) nº 864/2007 (“Roma II”), que, a los efectos de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, sí se refiere a la ley de la relación jurídica previa de la que deriva el enriquecimiento injusto. La jurisprudencia del TJUE sí parece proclive a la competencia del tribunal de la relación jurídica previa, pero no precisamente en materia de ejecuciones indebidas. En este sentido, la Sentencia *HRVATSKE ŠUME* antes citada señaló que el enriquecimiento injusto derivado de una ejecución judicial indebida no se subsumía ni en la regla de competencia sobre contratos, ni en la regla de competencia sobre los cuasicontratos u obligaciones cuasidelictuales. De hecho, en el caso se interpretó que la demanda solo podía interponerse ante los tribunales del domicilio del demandado, en invocación de la norma general de competencia. A todo ello se unen ciertas dudas sobre si el enriquecimiento injusto en este caso se deriva directa e inmediatamente de la relación contractual previa o si simplemente tiene relación indirecta o colateral. Los ejemplos de enriquecimiento injusto vinculados a una relación previa para aplicar el foro contractual son normalmente por cumplimiento contractual por exceso o por cumplimiento de relaciones contractuales nulas o inválidas. Ambos supuestos distan mucho de un caso de ejecución judicial indebida.

7. A modo de conclusión, y en el marco de una normativa y una jurisprudencia europea un tanto líquida, coincido con la calificación no concursal de la acción y con la aplicación del Reglamento “Bruselas I.bis”, pero propondría justificar la competencia del tribunal español sobre

la base de su art. 7.2º, y no del 7.1º, como hace la Sentencia. Se trataría de fundamentar la competencia en materia cuasidelictual –y el enriquecimiento injusto lo es– por haberse producido en España el hecho dañoso –la ejecución judicial indebida y el consiguiente incremento patrimonial del demandado–. A esta propuesta podría reprocharse que el TJUE no ha querido aplicar el foro cuasidelictual a las ejecuciones indebidas por no haber responsabilidad del demandado ni una relación de causalidad con sus conductas. Pero el TJUE no repara en que el demandado sí ha contribuido a un hecho dañoso, precisamente por solicitar la ejecución indebida y enriquecerse con ella.

La propuesta aquí sostenida de una competencia basada en el foro cuasidelictual sería una forma de asegurar que los tribunales del Estado de ejecución pudieran conocer de una acción de enriquecimiento injusto por la ejecución indebida que ellos han propiciado. Si estas acciones tienen un fin reparador, parece oportuno que los órganos jurisdiccionales del Estado donde se produjo esa ejecución indebida puedan responder a este fin y restituir la situación patrimonial. Una cosa es que no tengan competencia exclusiva y excluyente sobre la base del art. 24 Reglamento “Bruselas I.bis”, y otra muy distinta es que en ningún caso puedan llegar a conocer de esta acción o ello se haga depender de casualidades como cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Nótese que en este caso el enriquecimiento injusto se vinculaba al privilegio con el que se tenía que ejecutar el crédito. El hecho dañoso por tanto nacía de la ejecución en sí misma y no del contrato previo.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

MATRIMONIO

110. HAY INDICIOS MÁS QUE EVIDENTES DE LA FALTA DE INTENCIÓN DE CONTRAER AUTÉNTICO MATRIMONIO POR PARTE DE UN NACIONAL ESPAÑOL Y DE UN NACIONAL VENEZOLANO (SAP Barcelona 1/ª 11 enero 2023)

111. CONTRADICCIONES ANTE LA ENCARGADA DEL REGISTRO CIVIL QUE DENIEGA LA CELEBRACIÓN DE UN MATRIMONIO EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN RABAT (SAP Burgos 2ª 23 enero 2023)

112. NO SE ACREDITA SUFICIENTEMENTE QUE EL DEMANDADO CONTRAJERA MATRIMONIO PRESTANDO UN CONSENTIMIENTO APARENTE CON LA SOLA FINALIDAD DE OBTENER DETERMINADOS PROPÓSITOS OCULTOS, COMO LA OBTENCIÓN DEL PERMISO DE RESIDENCIA O NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Huesca 1ª 22 marzo 2023)

113. NO SE HA ACREDITADO QUE SE EXCLUYERAN DELIBERADAMENTE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO DEL ART. 68 CC NI QUE LA EXCLUSIVA FINALIDAD DEL DEMANDADO FUERA ACCEDER A LA RESIDENCIA Y NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Madrid 22ª 16 junio 2023)

114. LOS DATOS PERMITEN CONCLUIR QUE SE TRATÓ DE UN MATRIMONIO SIMULADO AL CONSIDERARSE QUE NO SE LLEGÓ A EMITIR POR LOS CONTRAYENTES UN VERDADERO Y REAL CONSENTIMIENTO, SIENDO ABSOLUTAMENTE NULO (SAP Madrid 20ª 30 junio 2023)

115. PARA LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEBEN CONCURRIR DE FORMA SOBREVENIDA A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO DATOS NUEVOS QUE PUEDAN DAR LUZ SOBRE LA SIMULACIÓN (SAP Barcelona 18ª 5 julio 2023)

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

MENORES

116. PROCEDE LA RESTITUCIÓN PUES EL TRASLADO DE LOS MENORES SE PRODUJO CON INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA ATRIBUIDOS POR RESOLUCIÓN JUDICIAL A UNA INSTITUCIÓN FRANCESA (SAP Oviedo 5ª 10 mayo 2022)

117. LA AP DE ALICANTE CONSIDERA ILÍCITA LA RETENCIÓN DE LA MENOR EN TERRITORIO ESPAÑOL AL TENER SU RESIDENCIA HABITUAL . EN REPÚBLICA DOMINICANA Y ORDENA LA RESTITUCIÓN INMEDIATA Y CONSIGUIENTE TRASLADO (SAP Alicante 6ª 12 mayo 2022)

Observaciones: En el presente supuesto la Sala resuelve la ilicitud del traslado y la determinación de la residencia habitual de una menor. Los hechos que originan la decisión dictada en la instancia, y ahora recurrida, se refieren a la demanda de restitución de una menor ilícitamente trasladada a España por su progenitor presentada por la Abogacía del Estado, en tanto que Autoridad Central española. Según la documentación obrante, en 2019 la menor viajó a España con su padre, donde estuvo un tiempo, hasta su regreso a su país natal, República Dominicana. En octubre del 2020, nuevamente, su progenitor vuelve a República Dominicana para trasladar a la menor a España. Consta, en documentos públicos otorgados ante notario, que la madre, tutora legal de la niña, autoriza el traslado y que el padre se compromete a retornarla en septiembre de 2021. El 8 noviembre 2020 la menor viaja con su padre a España, sin embargo, llegada la fecha acordada, el padre no devuelve a la menor a su país natal. Esta circunstancia, que supone el incumplimiento del compromiso adquirido por su progenitor, conlleva que, en marzo de 2022, se demande la restitución de la menor. La Sala determina, en primer lugar, la aplicabilidad al supuesto planteado del procedimiento previsto en los arts. 778 quater a 778 sexies LEC en la medida en que se trata de un traslado o retención ilícita subsumible en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Seguidamente se pronuncia respecto a los motivos sobre los que el padre, ahora recurrente, fundamenta el recurso de apelación presentado frente a la sentencia estimatoria de la instancia. En primer lugar, sobre el error en la valoración de la prueba en cuanto a la consideración de que el país de residencia habitual es República Dominicana afirma que, encontrándonos ante un recurso de apelación, cuando se trata de valoraciones probatorias la Sala ha de limitarse a revisar la actividad del tribunal de instancia en el sentido de comprobar que la misma esté suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable. En el supuesto, el juzgador de instancia argumenta la determinación del lugar de residencia habitual de la menor en República Dominicana habiendo sido autorizado por la madre solo un traslado temporal a España comprometiéndose el padre, según consta en la documentación obrante, a devolver a la menor en una fecha determinada. El recurrente sostiene la invalidez de la referida documentación sin embargo no acredita tal extremo. En relación con el segundo motivo, relativo a error en cuanto a la calificación del traslado como ilícito, considerando que no existe retención y debiendo estarse al principio del interés superior del menor, la Sala, a la vista de la prueba practicada, afirma que el consentimiento de la madre permite calificar el traslado de la menor como acto lícito. No obstante, la madre autoriza un traslado temporal, encontrándonos ante una retención ilícita derivada del incumplimiento por el padre de su compromiso de retornar a la menor a República Dominicana en septiembre de 2021. Incumplimiento que implica, además, que el padre decida unilateralmente la residencia de la menor en España. En consecuencia, y dado que tampoco han sido acreditadas las circunstancias exigidas en los arts. 12 y 13 CH80, no procede denegar la restitución de la menor a su país de origen.

MARÍA MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ*

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura.

118. SE ESTIMA LA DEMANDA INTERPUESTA POR EL ABOGADO DEL ESTADO DECLARÁNDOSE ILÍCITO EL TRASLADO A ESPAÑA DEL MENOR Y ORDENÁNDOSE SU RESTITUCIÓN Y REGRESO AL LUGAR DE SU RESIDENCIA HABITUAL INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA LLEGADA A ESPAÑA, EN LITUANIA (SAP Huelva 2ª 29 junio 2022)

119. CONCURREN LOS SUPUESTOS DEL ART. 3 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980, AL HABERSE PRODUCIDO LA RETENCIÓN DE LAS MENORES CON INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE CUSTODIA (SAP Alicante 6ª 7 septiembre 2022)

120. NO RESULTA ACREDITADO QUE EL PADRE DEL MENOR TENGA ATRIBUIDA SU CUSTODIA CON LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ART. 3 CH 1980 POR LO QUE NO PROCEDE EL RETORNO Y RESTITUCIÓN DEL MISMO A EE UU (SAP Toledo 2ª 15 septiembre 2022)

121. PESE A QUE LA APELANTE SUSTRAJO ILEGALMENTE A LA MENOR DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DONDE RESIDÍA NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN PORQUE DE HECHO SE ENCUENTRA YA INTEGRADA EN ESPAÑA (SAP Granada 5ª 15 octubre 2022)

122. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO (STC 130/2022, de 24 de octubre)

Observaciones: 1. El objeto del recurso de amparo de la STC nº 130/2022 (Sala Primera), de 24 de octubre, era el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona, dictado el 25 julio 2018, en el procedimiento de oposición de medidas de protección de menores que acordó la inadmisión de la demanda en un procedimiento de oposición a la resolución administrativa, por considerar que el demandante es mayor de edad, por lo que formula la oposición prevista en el art. 780 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Alegaba el demandante que el citado auto niega el acceso a la jurisdicción por haber incurrido el Juzgado en un error patente, consistente en confundir este escrito con la demanda propiamente dicha. Este error trae como consecuencia una denegación de acceso al procedimiento, que le impide oponerse a la resolución de cierre del expediente de desamparo adoptada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, que, además, no fue notificada hasta un momento posterior a la interposición del escrito de oposición ante el juzgado. La citada inadmisión también impide la impugnación, por vía indirecta, el decreto de la Fiscalía de Menores de Barcelona, que determinaba su fecha de nacimiento, y, consiguientemente, su edad.

2. En la Sentencia se puede apreciar como el menor es el sujeto para proteger, desde el punto de vista jurídico, con independencia de cualquier otro sujeto, en este caso contra la Administración, debiendo permanecer el interés superior del menor por encima de todo. Si bien, el interés superior del menor debe protegerse en cada caso concreto, también se debe imponerse en relación con el menor en particular que apreciándose en la aplicación práctica de las normas, en caso de que no sintonicen, como en el presente asunto, el Tribunal Constitucional debe corregir la aplicación radical de las normas. En este contexto, se aprecia esa corrección desde un doble prisma, primero desde el análisis de las normas positivas, procesales y materiales y, en segundo lugar, con la monitorización de los resultados que acarrea la aplicación de tales normas.

3. Comienza el Tribunal Constitucional recordando la inadmisión, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, que, además, conlleva que se analice el caso desde la relevancia que implica que el demandante sea un menor de edad, lo que implica una especial de protección, lo que vino tras la desestimación por la Audiencia Provincial del recurso de apelación argumentando que carecía de sentido retornar el

expediente al juzgado para oponerse a las resoluciones. Por último, hablamos de la especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado.

4. En cuanto a la inadmisión que “vedó, de este modo, el acceso a la jurisdicción del recurrente en amparo impidiendo una decisión sobre el fondo”. Se constata que, del examen de las actuaciones lo que el recurrente en amparo presentó el 18 julio 2018 fue el escrito inicial del proceso, no la demanda en sí. Pese a ello, el 25 julio 2018, el juzgado dictó diligencia de ordenación teniendo por presentada la demanda, y ese mismo día dictó auto acordando su inadmisión porque “no consta que se haya dictado, ni se ha aportado, ninguna resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia por la que se deniegue o se deje sin efecto el desamparo previamente acordado, por entender que el demandante no es menor de edad”. Por tanto, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, en múltiples ocasiones, se produce una vulneración la tutela judicial efectiva al darse en un contexto en el que la resolución pueda ser “arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, o que esté basada en criterios que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón”, especialmente, lo que se produce, porque la idea subyacente, a la hora de aplicar las normas positivas, es garantizar que las decisiones judiciales o administrativas sean justas, proporcionadas y coherentes con los principios fundamentales del sistema legal.

5. Con la desestimación de la Audiencia Provincial, se comprueba por parte del Tribunal Constitucional “que el demandante no pudo acceder a dicha documentación ni formular alegaciones relativas al fondo del asunto, precisamente, porque el escrito inicial que presentó al amparo del art. 780 LEC fue inadmitido por el juzgado de primera instancia. Esa inadmisión a limine impidió el paso a la fase regulada del art. 780, 3º y 4º LEC, esto es, requerimiento a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente y, una vez recibido el testimonio, el emplazamiento al actor, para que diez días, para que presente la demanda. Además, no se tiene en cuenta que lo que el recurrente realmente quería impugnar era el decreto de determinación de la edad, lo que le da una mayor relevancia a la cuestión. De esta forma, en atención a la protección de un menor de edad, y que, al no analizar el fondo de la petición, se vulnera no sólo el derecho al acceso a la justicia, sino al principio de igualdad, y al tratarse de un menor de edad hablamos del derecho a garantizar unas medidas reforzadas de protección.

Entre otras razones porque el interés superior del menor, tal y como indica el Tribunal Constitucional es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el art. 3.1º de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 noviembre 1990, vinculante para España conforme a lo dispuesto en los arts. 96 y 10.2º CE. Además, debe tenerse en cuenta que la falta de agotamiento de la vía judicial como óbice procesal tiene por objeto la impugnación del decreto de determinación de la edad y la edad es circunstancia integrante de la identidad de la persona, lo que está vinculada a la fecha de nacimiento y ser consideradas como un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención sobre derechos del niño. Por ello, en relación con esta consideración del interés superior del menor juega un papel fundamental el derecho de la persona menor de edad, o que pudiera serlo, a ser oída y escuchada, como parte del estatuto jurídico indisponible de las personas menores de edad, como norma de orden público que forma inexcusable han de observar todos los poderes públicos.

En este sentido como ya indicó el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en la Observación general nº 14, de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en relación al art. 3.1º de la Convención, el objetivo “es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás

iniciativas. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto medidas, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos". De esta forma, la obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños.

6. Por último, debe indicarse que esas medidas de especial protección se refiere, además, al darse la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones poniendo el acento en la importancia de la protección de sus derechos, por ejemplo, como indica el Tribunal Constitucional haciendo referencia a la como indica la Sentencia *Darboe y Camara c. Italia* donde se indica que si un menor, o quien razonablemente alega serlo, resulta erróneamente identificado como adulto, se podrían llegar a producir graves vulneraciones en sus derechos. En este contexto, también podría mencionarse la STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* en referencia a la necesidad de conciliar la protección de los derechos fundamentales y las limitaciones impuestas por la política de inmigración de un Estado, en relación a los menores no acompañados.

7. En definitiva, se aprecia como la sentencia del Tribunal Constitucional viene a corregir los resultados de la aplicación práctica de las normas positivas, pues las formalidades no pueden ser obstáculo para que la tutela judicial efectiva no garantice los derechos, porque eso desdibujaría el contenido esencial de este derecho. Lo que cobra mayor trascendencia si hablamos de la necesidad de proteger el interés superior del menor.

Antonio MERCHÁN MURILLO *

123. LA PERMANENCIA NO CONSENTIDA POR EL PADRE DEL MENOR EN ESPAÑA, CUANDO LA MADRE NO TENÍA ATRIBUIDA EN EXCLUSIVA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, CONFIGURA EL SUPUESTO DE TRASLADO ILÍCITO (SAP Salamanca 1ª 2 noviembre 2022)

124. SE ORDENA AL PADRE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A SU MADRE EN EL LUGAR DE LA RESIDENCIA DE ESTA ÚLTIMA EN BOLIVIA EN EL PLAZO MÁXIMO DE QUINCE DÍAS DESDE LA NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIA (SAP Huesca 1ª 11 noviembre 2022)

125. NO EXISTE NINGUNA PRUEBA DE QUE EL REGRESO DE LA MENOR A SUIZA PUEDA COLOCARLA EN UNA SITUACIÓN DE PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO PARA LA MISMA, POR LO QUE NO SE PUEDE APRECIAR LA EXCEPCIÓN A LA RESTITUCIÓN (SAP Ourense 1ª 14 noviembre 2022)

126. ILICITUD DEL MANTENIMIENTO DEL TRASLADO DE UNA MENOR Y SU CONSIGUIENTE NO RETORNO A ESPAÑA DESDE BRASIL (AAP Valencia 10ª 15 noviembre 2022)

127. NO OBSTANTE SER ILÍCITO EL TRASLADO DE LOS HIJOS COMUNES DESDE MARRUECOS A ESPAÑA LLEVADO A CABO POR LA DEMANDADA, DE ACUERDO CON EL INTERÉS DE LOS MENORES NO HA LUGAR A LA RESTITUCIÓN A SU LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL ANTERIOR (SAP Zaragoza 2ª 17 noviembre 2022)

128. LO DETERMINANTE PARA ASUMIR LA COMPETENCIA JUDICIAL, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 8.1º BRUSELAS II BIS DEL REGLAMENTO, ES EL LUGAR DONDE TENGA EL MENOR LA RESIDENCIA HABITUAL (SAP Madrid 22ª 13 diciembre 2022)

Observaciones: 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso presentado contra la sentencia de 14 julio 2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, que dicta medidas de responsabilidad parental y la prestación de alimentos a favor del

* Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

menor: atribuye el derecho de guarda y custodia a la madre, el régimen de visitas del padre y la cuantía de la prestación alimenticia que este debe abonar al menor. Contra la citada sentencia, el progenitor solicita en el recurso, con carácter principal, que se proceda a estimar la excepción procesal de declinatoria y se declare la falta de competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid; y, con carácter subsidiario, solicita que para el caso de que no se estime la excepción de falta de competencia internacional, se revoque la sentencia de instancia en cuanto al fondo del asunto, requiriendo, en este caso, que el derecho de guarda y custodia se conceda a él, así como una reducción de la cuantía alimenticia.

2. La Audiencia, por tanto, debe resolver, en primer lugar, si los tribunales españoles tienen competencia internacional para conocer de las medidas de protección del menor y, también, de la prestación de alimentos, pues el menor residió durante algún tiempo con su padre en Bélgica, aunque en el momento de presentar la demanda residiera con su madre en España. La determinación de la competencia judicial internacional en estas materias no es baladí, porque en el supuesto que se estimase la declinatoria por falta de competencia de los tribunales españoles, estos no tendrían que conocer del fondo del asunto. No obstante, la Sala, en contestación a los motivos del recurso que presenta el progenitor, solo resuelve sobre la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, atribuyéndose directamente la competencia en materia de alimentos y, una vez resuelta la competencia, nada dice de la determinación previa de la ley aplicable (en presencia de distintos ordenamientos).

3. En relación con la competencia judicial internacional para conocer de los derechos de guarda y custodia, y visita, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis), pues a la fecha de la presentación de la demanda aun no podía aplicarse el vigente 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 (el art. 105.2 dispone que el presente Reglamento se aplicará a partir del 1 agosto de 2022). Dentro del ámbito material del Reglamento Bruselas II bis, se incluyen el derecho de custodia y el derecho de visita entre las medidas de responsabilidad parental (art. 1.2º). En cuanto a los foros aplicables— las circunstancias con las que el legislador europeo ha determinado la competencia judicial en estas materias—, la Audiencia fundamenta conforme a las normas siguientes del Reglamento Bruselas II bis: el art. 3 (que es aplicable en materia de crisis matrimonial, lo que no es acertado pues los progenitores no estaban casados), el art. 8 (regla general), el art. 9 (tampoco acertado, pues es una regla especial que se aplica para la modificación de la resolución sobre el derecho de visita dictado por otro Estado miembro, lo que no ha ocurrido en el caso que contemplamos), el art. 10 (regla especial en el supuesto de traslado o retención ilícita del menor) y el art. 21 (norma aplicable no para regular competencia judicial sino el reconocimiento de resoluciones entre Estados miembros). Teniendo en cuenta la normativa expuesta, la Sala resuelve determinando la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, argumentando que el tribunal de instancia belga ordenó el retorno del menor a España con fecha 9 abril 2019 y que en el momento de la presentación de la demanda de las medidas de protección definitivas, el 4 junio 2019, el menor tenía su residencia habitual en Madrid. No habría retención ilícita, por tanto, no se aplicaría el art. 10 Reglamento Bruselas II bis (aspecto que no aborda la sentencia que comentamos).

4. En consecuencia, aplicando el art. 8. 1º Reglamento Bruselas II bis, la competencia recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside habitualmente el menor en el momento en que se presentó la demanda, para conocer tanto del derecho de guarda y custodia como del régimen del derecho a visita, desestimando el motivo de denegación del progenitor. Lo relevante, pues, para esta decisión de la Audiencia de Madrid es que fija la residencia habitual del menor en España y no en Bélgica (desestima también que exista litispendencia, y la solución del

art. 19, porque sus tribunales no serían competentes), sustentándolo en que el menor ya lleva tres meses España. El criterio de la residencia habitual del menor es un criterio fáctico que determinan los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto dependiendo de las distintas circunstancias en torno al menor; no obstante, debe atenerse a la interpretación autónoma y uniforme para los Estados miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la STJCE 2 abril 2009, C-523/07, se configura el concepto de residencia habitual del menor atendiendo a la presencia física del menor en el Estado miembro y a ciertos factores que reflejen su integración en su entorno familiar y social (criterios en que se ha insistido en otras: la más reciente, la STJUE de 12 mayo 2022, C-644/20). En el Auto que comentamos, parecen deducirse otros factores que acreditan que la residencia habitual del menor se encuentra en España, no solo porque llevase en nuestro país tres meses: hace constar que el menor ha tenido su residencia habitual en Madrid (España), sin perjuicio de que los periodos vacacionales los pasara la familia en Bélgica.

5. En lo que respecta a la competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias, los tribunales españoles son competentes aplicando 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 alimentos. Dispone el art. 3, d), que el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, lo es también para resolver en materia de la obligación de alimentos (cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes). Por consiguiente, conforme a este foro de conexión, son competentes los órganos jurisdiccionales españoles que en virtud del art. 8.1º Reglamento Bruselas II bis conocen de la acción de responsabilidad parental. La sentencia que comentamos no resuelve sobre esta cuestión, que no es motivo de recurso, sino que solventa el fondo del asunto.

6. Determinada la competencia de los tribunales españoles, la segunda gran cuestión que se debe plantear es qué ley u ordenamiento material concreto aplicar al fondo del asunto para regular las medidas de responsabilidad parental y la prestación de alimentos. Esta cuestión pasa desapercibida a la Sala, y también al Juzgado de Primera Instancia, que resuelven directamente sobre el fondo del asunto aplicando el ordenamiento jurídico español. Es cierto, que la solución a la que llegan los tribunales españoles hubiese sido la misma, pues conforme a las normas de Derecho internacional privado, el Derecho material aplicable es el del foro; pero, hubiera estado más acertado, que ante una situación jurídica privada internacional atendiesen a los instrumentos supraestatales aplicables, que les vinculan. Así, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996, cuyo art. 15.1º, en el supuesto de medidas de protección judiciales, dispone que las autoridades competentes aplicarán su propia ley; y el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 noviembre 2007, que establece en el art. 4.2º, que en el caso de obligaciones alimenticias de padres a favor de los hijos se aplica, en primer lugar, la regla general del art. 3: las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En definitiva, conforme a los instrumentos supraestatales, la ley material aplicable, tanto para regular las medidas de protección, como las obligaciones alimenticias del menor, es la ley española, pues a este Derecho material conduce el punto de conexión de las dos normas de conflicto: si las autoridades competentes se ha determinado que son las españolas, estas aplican su propia ley para resolver sobre los derechos de custodia y visita (art. 15.1º Convenio de La Haya de 1996); y si la residencia habitual del menor se ha fijado en España, el ordenamiento español es el aplicable para la prestación de alimentos a favor del menor (art. 4.2º Protocolo de La Haya de 2007). La Sala aplicando el art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por el art. 1.2º Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y por la disposición final 8.1º Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), y el interés superior del menor, determina el derecho de guarda y custodia a favor de la madre, pues la residencia del padre en Bélgica dificulta una guarda y custodia compartida, estableciendo el detallado régimen

de visita del menor con su progenitor que ya había fijado el Juzgado de Primera Instancia. En relación con la pensión de alimentos que estableció el tribunal de instancia, a cargo del progenitor y a favor del hijo, la considera acorde con las circunstancias: desestimando el motivo esgrimido por el apelante de que existiera un error material en la valoración de la prueba documental en cuanto a la determinación de la pensión alimenticia, que sigue manteniendo en 300 euros mensuales.

Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA*

129. EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES PASA POR MANTENERLOS BAJO LA CUSTODIA MATERNA, SIN ESTABLECER RÉGIMEN DE VISITAS ALGUNO PARA CON SU PADRE PUES NO DESEAN VIAJAR A ARGELIA, Y ADEMÁS NO CONSTAN LAS CONDICIONES DE VIDA DEL PADRE EN AQUEL PAÍS (SAP Madrid 24^a 15 diciembre 2022)

130. AL NO CONCURRIR DE NINGUNA DE LAS EXCEPCIONES QUE RECOGE EL CONVENIO DE LA HAYA SE DESESTIMA EL RECURSO Y SE ORDENA LA RESTITUCIÓN DE LOS MENORES CON SU MADRE A ISRAEL (SAP Barcelona 18^a 13 enero 2023)

131. LA AUDIENCIA CONFIRMA QUE LA RETENCIÓN DE DOS MENORES CON PASAPORTE VENEZOLANO POR PARTE DE SU PROGENITORA, CON DOCUMENTO DE IDENTIDAD DE VENEZUELA, ES ILÍCITA (SAP Madrid 22^a 13 enero 2023)

132. EL ART. 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 DISTINGUE SEGÚN QUE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE LA VÍCTIMA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES SE HAYA INICIADO ANTES O DESPUÉS DE TRANSCURRIDO UN AÑO DE LA RETENCIÓN (SAP Asturias 6^a 6 marzo 2023)

133. EJERCICIO EFECTIVO DE LA CUSTODIA Y RESTITUCIÓN DEL MENOR POR TRASLADO ILÍCITO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL (SAP Barcelona 18^a 7 marzo 2023)

134. EL TRASLADO DE LOS MENORES POR PARTE DE SU MADRE DESDE EL LUGAR EN EL QUE RESIDÍA A POLONIA ES ILÍCITO EN EL SENTIDO DEL ART. 3 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980 (AAP Barcelona 18^a 15 marzo 2023)

135. DEVOLUCIÓN DE LA MENOR A ARGENTINA PUES EL PODER AUTORIZABA VIAJES AL EXTRANJERO, PERO NO UN CAMBIO DE SU RESIDENCIA HABITUAL (SAP Barcelona 18^a 30 marzo 2023)

136. NO CONCURREN LOS REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA DECLARAR LA ILICITUD DE UN TRASLADO O RETENCIÓN INTERNACIONAL, PUES NO SE TRATA UNA MENOR CON RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA (SAP Valencia 10^a 8 mayo 2023)

137. CONCORRE UNA DE LAS CAUSAS EN CUYA VIRTUD LA AUTORIDAD JUDICIAL DEL ESTADO REQUERIDO NO ESTÁ OBLIGADA ORDENAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR DE ACUERDO CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (SAP Madrid 31^a 9 mayo 2023)

138. EN MODO ALGUNO EXISTE PRUEBA OBJETIVA E INDICIARIA DE UN DE RIESGO PSICOLÓGICO PARA LAS MENORES, NI QUE LA RESTITUCIÓN LA PUEDA COLOCAR EN UNA SITUACIÓN INTOLERABLE (SAP Madrid 31^a 5 junio 2023)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla.

139. LA VINCULACIÓN DE LA FAMILIA CON EE UU, AUNQUE LOS NIÑOS HAYAN VIAJADO ALLÍ CON MOTIVO DE VACACIONES, ES SUPERIOR QUE LA QUE PUEDEN TENER CON LA CIUDAD DE BARCELONA (SAP Barcelona 18ª 6 julio 2023)

140. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL LETÓN PARA DETERMINAR SI CONCURRE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE LA MENOR EN ESPAÑA (SAP Alicante 6ª 7 julio 2023)

141. EL CONVENIO DE LA HAYA NO ES CONVENIO DE CUSTODIA, SINO DE RESTITUCIÓN, POR LO QUE LA RESOLUCIÓN QUE DEBA ORDENAR LA RESTITUCIÓN SE LIMITA A ACORDARLA DEVOLUCIÓN DEL MENOR AL PAÍS EN DONDE RESIDÍA HABITUALMENTE (SAP Cádiz 5ª 21 julio 2023)

142. LA SENTENCIA HÚNGARA QUE CONCEDE AL PADRE LA PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR DEBE SER CONFIRMADA Y POR ELLO ACORDAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A SU PAÍS DE RESIDENCIA HABITUAL, HUNGRÍA (SAP Alicante 6ª 26 julio 2023)

Observaciones: 1. La madre de un menor húngaro inició un procedimiento ante la Oficina Comarcal de Fonyód de la Provincia de Somogy, en Hungría (al suroeste del país, a 175 kilómetros de la capital, Budapest, y a unos 100 kilómetros de la frontera con Croacia), lugar de su residencia, en el que solicitaba la autorización para el traslado de la residencia del menor a Alicante, España. Antes de conocer la resolución de la petición, la madre llevó a cabo este traslado el 27 agosto de 2022, sin la autorización para ello del otro progenitor. La resolución de la citada Oficina Comarcal de Fonyód dictada 2 días después del traslado denegó la autorización que solicitó la madre al constatar que el padre había iniciado procedimiento ante los Tribunales Húngaros para la modificación del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, solicitando el padre la atribución de la misma. En fecha 22 septiembre 2022 el Tribunal Comarcal de Siófok, Hungría, dictó resolución que estimó la petición del padre y otorgó la custodia exclusiva del menor al padre debido a los reiterados incumplimientos del régimen de visitas por parte de la madre, destacando la resolución que la falta de contacto del menor con el padre resulta lesiva para el niño y ponía en riesgo su desarrollo, y obligaba a la madre a hacer entrega del menor en el plazo de quince días.

2. Tras la reclamación de su padre y de las autoridades húngaras ante las autoridades españolas por el traslado del menor, y el correspondiente proceso en España de Juicio de restitución o retorno de menores por caso de sustracción internacional, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante de 4 mayo 2023 declaró la ilicitud de un traslado del menor y ordenó el retorno del menor a Hungría por parte de la madre en el plazo de los 30 días hábiles posteriores a su firmeza y su entrega al padre, condenándola al pago de las cosas procesales, así como a los gastos del viaje y demás costes generados por la restitución. La madre debía comunicar al Juzgado la fecha del traslado y acompañar los billetes para levantar la medida cautela de prohibición de salida del territorio nacional y para devolverle el pasaporte al menor. En el procedimiento de segunda instancia la Sala no admite la documental presentada por la madre por no estar comprendida entre la recogida en el art. 778.7º LEC. Por otro lado, tampoco accede a la exploración del menor por su escasa edad, al contar con siete años y no considerar la Sala que el mismo tenga la madurez suficiente para tener en cuenta sus opiniones por no tener capacidad para formarse sus propios juicios. La resolución que analizamos, la de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 julio 2023 confirma dicha condena.

3. En lo relativo a la existencia de la sustracción internacional de menores la resolución de segunda instancia aplica tanto el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por Hungría el 7 abril 1986 y por España el 16 agosto de 1987, como el Reglamento de la UE 1111/2019 del Consejo de 25 junio 2019, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. Ambos instrumentos legales están correctamente aplicados. El primero por su ratificación por

ambos Estados, el segundo porque a tenor de lo establecido en su art. 105.2 del conocido como Reglamento Bruselas II ter, el mismo se aplicará a partir del 1 agosto de 2022 y el traslado se produjo el 27 agosto de 2022.

4. El primer aspecto que se debe analizar y que afronta la resolución de instancia en su fallo es cuál era la residencia habitual del menor en el momento previo al traslado. La residencia habitual debe ser determinada para saber si se ha producido un traslado de dicha residencia al producirse el viaje del menor de Hungría a España o no. Y tras ello analizar si el traslado es ilícito. Al respecto, podemos señalar que dicho concepto es un concepto fáctico, no definido hasta el momento por ningún Reglamento comunitario, con contenido autónomo en el derecho europeo y diferenciado del concepto de residencia habitual del derecho interno de cada uno de los Estados miembros. Dicho concepto debe ser diferente según las materias atendiendo la naturaleza de las mismas. Solamente el Reglamento de sucesiones ha establecido en dos de sus considerandos, el 23 y el 24, los criterios que puede concretar cuál es la residencia habitual de los fallecidos. El Reglamento Bruselas II ter aplicado en este supuesto decidió no definir el concepto ni concretar dichos criterios. Debemos destacar que el considerando 40 de la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre filiación aporta por primera vez los criterios para concretar la residencia habitual de los menores, siguiendo la doctrina del TJUE. Según la propuesta de Reglamento, la residencia habitual del hijo o de la hija debe determinarse sobre la base de todas las circunstancias específicas de cada caso concreto. Además de la presencia física del hijo o de la hija en el territorio de un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan demostrar que dicha presencia no es en modo alguno temporal o intermitente y que refleja un cierto grado de integración del hijo o de la hija en un entorno social y familiar, que es el lugar en el que se sitúa, en la práctica, su centro de vida. Entre estos factores figuran la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio del Estado miembro de que se trate y la nacionalidad del hijo o de la hija, y los factores pertinentes varían en función de su edad. Entre ellos también se incluyen el lugar y las condiciones de la asistencia del hijo o de la hija a la escuela, así como sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro. La intención de los progenitores de instalarse con su hijo o hija en un Estado miembro determinado también puede tenerse en cuenta cuando dicha intención se manifieste mediante medidas concretas, como la compra o el arrendamiento de una residencia en el Estado miembro de que se trate. En cambio, la nacionalidad de la persona que da a luz o la residencia anterior de dicha persona en el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto no es pertinente, mientras que el hecho de que el hijo o la hija haya nacido en ese Estado miembro y posea la nacionalidad de dicho Estado miembro es insuficiente. En el presente supuesto la resolución señala que el menor tenía su residencia habitual en Hungría “como se desprende de la documental y prueba de interrogatorio de la demandada”. La resolución no entra a detallar los aspectos concretos de dicha documental e interrogatorio, pero de los hechos que hemos detallado en los primeros apartados de nuestro comentario desprendemos que el menor vivía en dicho país con su familia, su padre y su madre, allí asistiría al colegio y tendría a sus amigos y actividades principales. De hecho, la propia madre inició antes del viaje un procedimiento para solicitar autorización para cambiar la residencia habitual ante las autoridades húngaras.

5. El segundo aspecto a analizar es valorar si nos encontramos ante un traslado de la residencia habitual del menor ilícito y por ello ante una sustracción internacional de menores. La madre inició un procedimiento para solicitar autorización para realizar el traslado y cambiar el lugar de residencia del menor al extranjero. Sin embargo, sin esperar a la resolución de dicha petición, la madre procedió a trasladar al menor a España y fijar aquí su residencia con él en Alicante. A las 48 horas de la llegada a España de la madre con el niño la oficina comarcal de Fonyód dictó resolución en la que se denegaba la autorización. Tras esto, el 22 de septiembre, menos de un mes después del viaje de la madre con el menor, el Tribunal Comarcal de Siófok, dictó resolución otorgándole la custodia exclusiva al padre. Por ello los dos tribunales afirman acertadamente que en el supuesto se ha dado una sustracción internacional de menores según lo definido en el art. 3 del Convenio de La Haya y el 2.2.11 del Reglamento Bruselas II ter, que exigen

dos circunstancias. A saber, la primera (y empleamos la redacción del Reglamento), que el traslado “se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, y la segunda, que “en el momento del traslado o retención el derecho de custodia se ejercía de forma efectiva (separada o conjuntamente) o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”. Ha quedado acreditado por las resoluciones citadas que la custodia se ejercía por los dos padres, y que de hecho estaba en estudio de la autoridad judicial la solicitud del padre de que se le otorgase únicamente a él, lo que finalmente ocurrió. Por todo ello los dos tribunales consideran el traslado como ilícito. Una vez acreditada la ilicitud del traslado y que lo que procedería por ello es dictar la restitución del menor a su Estado de residencia habitual, Hungría, se debe analizar si en el procedimiento se da alguna de las causas tasadas por el art. 13 Convenio de La Haya que pueden provocar evitar dictar una resolución de restitución. Para ello la madre ha aportado al procedimiento documentación en la que se acredita la existencia de denuncias de sus familiares contra el padre del niño posteriores al traslado ilícito del menor, señalando que el traslado supondría un grave riesgo para el menor por exponerlo a un peligro físico o psíquico, lo que según el apartado b del citado precepto motivaría su no restitución. Sin embargo, interpreta acertadamente la resolución que ninguna de esas denuncias ha finalizado en condena, por lo que no existe ningún dato objetivo en los autos que acredite la existencia de conductas por el padre que puedan suponer un riesgo para el niño si retorna a Hungría con él. Muy al contrario, lo que existe en el procedimiento es una resolución de los tribunales húngaros competentes en el momento del traslado ilícito del menor que le otorgan al padre la custodia en exclusiva del menor por los incumplimientos de la madre del régimen de visitas. Según los dos instrumentos legales citados son los Tribunales del Estado de la residencia habitual del niño los que tienen la competencia para pronunciarse sobre los aspectos de fondo en los procedimientos de custodia del mismo. La resolución analizada finaliza acertadamente señalando que existiendo esta resolución los tribunales españoles deben hacerla cumplir toda vez que la función de los órganos judiciales españoles es únicamente decidir sobre si el traslado del menor es o no ilícito y sobre si hay excepciones para establecer su retorno. Siendo ilícito y sin estas excepciones procede confirmar la resolución de instancia y que se produzca el retorno del menor a Hungría con el procedimiento que la misma establece.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

143. NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN DE LOS MENORES A BRASIL POR LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 13.3º Y LA INTEGRACIÓN EN EL ENTORNO DEL ART. 12.2º DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (SAP Barcelona 12ª 6 octubre 2023)

NACIONALIDAD

144. SE DESESTIMA UNA PRETENSIÓN PARA CONTRAER MATRIMONIO CON UNA CIUDADANA DOMINICANA SOBRE LA QUE PESABA, AL TIEMPO DE FORMULARSE LA SOLICITUD ANTE EL REGISTRO CIVIL, UNA ORDEN DE EXPULSIÓN POR CINCO AÑOS (SAP Ourense 1ª 27 julio 2022)

145. CONFIRMACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA VERIFICAR EL TRÁMITE DE JURAMENTO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE LA MENOR, PESE A LA OPOSICIÓN DEL PADRE (AAP Valencia 10ª 15 febrero 2023)

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

146. LA ACTORA ADQUIRIÓ LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN EN EL MOMENTO DE SU NACIMIENTO Y NO LA PERDIÓ CUANDO, AL INSCRIBIRSE SU NACIMIENTO EN EL REGISTRO CIVIL COLOMBIANO, ADQUIRIÓ LA NACIONALIDAD COLOMBIANA (STS Civ 1ª 21 febrero 2023)

147. REQUISITOS PARA ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN POR OPCIÓN CONFORME A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007 (SAP Barcelona 13ª 12 mayo 2023)

148. DE NUEVO SE DENIEGA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN AL NACIDO EN EL SÁHARA ESPAÑOL ANTES DE 1975 (SAP Madrid 19ª 16 mayo 2023)

Observaciones. 1. La principal y más grave consecuencia del cuestionable modo en que se llevó a cabo la descolonización del Sáhara es que el territorio fue abandonado a su suerte, sin llegar a producirse una sucesión de Estados, lo que sitúa al Sáhara desde entonces y hasta nuestros días en una situación de indefinición en el plano internacional, siendo una de las consecuencias más graves que los saharauis carezcan de nacionalidad, porque ni pudieron optar en muchos casos por la nacionalidad española, a la vista de las duras condiciones del RD 2258/1976, de 10 de agosto, ni pueden tener una nacionalidad propia porque el Sáhara no es todavía, al día de hoy, un Estado (J.L. Argudo Pérez y J.J. Pérez Milla, “Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española”, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, Nº. 1, 1991, pp. 167–202); de este modo, se ha derivado en la apatridia de estos ciudadanos que un día fueron súbditos del Estado español (J. Soroeta Liceras, “La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sáhara Occidental”, en *Anuario Español de Derecho Internacional. Universidad de Navarra*, vol. XV, 1999, pp. 655 – 633). El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio en cuanto al procedimiento seguido y en cuanto al resultado alcanzado, con una clara responsabilidad del Estado español en esta cuestión (C. Ruiz Miguel, “Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: Secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)”, *Revista General de Derecho*, nº 663, 1999, pp. 14237 y 14238).

2. Si analizamos este tema desde la distancia que nos separa con la turbulenta descolonización, y en un Estado con principios constitucionales ya consolidados, se puede considerar que aquellos saharauis que nacieron en la etapa de provincialización fueron en su día nacionales españoles por lo que podrían recuperar la nacionalidad española si acreditan los requisitos legales exigibles, de acuerdo con alguno de los siguientes títulos de atribución: a) derecho de opción a la nacionalidad española, establecido por la Ley de descolonización de 19 noviembre 1975 que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de “documentación general española”; o bien que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero, lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia; b) adquisición de la nacionalidad española por residencia, en base al art. 22.2º.a) Cc el cual establece el plazo de residencia de un año respecto del que “haya nacido en territorio español”; o, c) consolidación de la nacionalidad española, según lo dispuesto en el art. 18 Cc.

3. La SAP Madrid 19ª 16 mayo 2023, recurso nº 984/2021 (Ponente: Ramón Badiola Díez) desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 15 octubre 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid que confirmó una Resolución de la DGRN. Concretamente, la Sentencia de instancia desestimó la demanda en su día interpuesta distinguiendo entre las dos acciones planteadas, la primera en cuanto a la pretensión del demandante del derecho a la nacionalidad de origen basado en su nacimiento en el territorio del Sáhara, siguiendo en tal cuestión el criterio del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en

sentencia de 21 mayo 2020, y que parte de la consideración de que a los efectos de la previsión del art. 17 Cc, el Sáhara Occidental no formaba parte de España y, por tanto, el demandante no puede solicitar la aplicación a su favor que dicho precepto más allá de la previsión que contenía el RD 2258/1976, de 10 de agosto. En segundo lugar, la sentencia se refirió a los requisitos que exige el art. 18 Cc –y que también fundamenta la pretensión que deduce el demandante–, llegando a la conclusión de que el actor no acredita la posesión de estado de nacionalidad española y su utilización continuada durante al menos diez años. Ante tales pronunciamientos se alza en apelación el demandante sosteniendo, por un lado, el error en la valoración de la prueba en cuanto a la acreditación de su posesión de estado como español a los efectos que previene el art. 18 Cc y, por otro, la infracción de los arts. 17 y 18 del mismo texto legal, ya que a dicha parte le fue reconocida con valor de simple presunción la nacionalidad española, denunciando la vulneración del art. 11 CE y el art. 15 DUDH en base a que la resolución dictada por la entidad demandada acuerda la privación de la nacionalidad que ya ostentaba el demandante.

4. Señala la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 16 mayo 2023, que las alegaciones en las que la parte apelante fundamenta su recurso deben ser desestimadas, poniendo así de manifiesto: a) que la propia recurrente ya reseña que al menos durante algo más de nueve años acredita la prueba inscrita de su nacionalidad española, pero ello no hace más que ratificar la conclusión de la sentencia de instancia en el sentido de que desde 2008 que se promueve la inscripción en el Registro Civil de Córdoba hasta el año 2014 en el que se deniega finalmente se niega por la resolución del Registro Civil Central, no transcurre el tiempo que exige el art. 18 Cc, amén de no acreditar igualmente la posesión de la condición de español durante todo el periodo; y, b) en lo que respecta a su condición de español de origen, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 29 mayo 2020, en un supuesto relativo a la adquisición de la nacionalidad española por los ciudadanos saharahuis, aunque pone de manifiesto interpretaciones normativas y jurisprudenciales diversas, concluye que es preciso atenerse al contenido de la Ley 40/1975 sobre descolonización del Sáhara y el RD 2258/1976, de 10 agosto sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara, estableciendo, en definitiva, un derecho de opción limitado en el tiempo sobre la consideración de que el Sáhara nunca había formado parte del territorio nacional (A. Ortega Giménez, “The Spanish nationality of the inhabitants of Western Sahara”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2022, pp. 319–323).

5. La mencionada STS 29 mayo 2020, interpreta el art. 17.1º.c) del Cc, concluyendo que el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en esta norma. En este sentido, interesan también: la SAP Madrid 11 marzo 2022, en la que se desestima un recurso de apelación contra la decisión de instancia que a desestimó la demanda, con base en la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia dictada por Tribunal Supremo de fecha 29 mayo 2020, que entiende aplicable al caso y concluye que no le corresponde la nacionalidad española al demandante conforme a lo establecido en los arts. 17.1º c) y d) y art. 18 Cc, al no concurrir los requisitos establecidos en la Ley y Reglamento del Registro Civil, para ello; la SAP Navarra 28 mayo 2021, que estima el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Iruña/Pamplona de 8 febrero 2021 que declaró otorgar al actor con valor de simple presunción, la nacionalidad española de origen; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 junio 2020, en la que se confirma la decisión de instancia que desestimó la pretensión del actor de inscripción de nacimiento fuera de plazo como ciudadano saharauí nacido con anterioridad al año 1975, siendo hijo de españoles al nacer, citando en apoyo de sus pretensiones las previsiones contenidas entre otros preceptos el art. 17.1º Cc; o la SAP Barcelona 11 noviembre 2019 (A. Ortega Giménez, “Nacionalidad española de las habitantes del Sahara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 noviembre 2019”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 1110–1118).

6. Finalmente, y volviendo a la Sentencia objeto de estas observaciones, es de señalar que resulta interesante el voto particular que emite el magistrado Sr. D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo, pues discrepa de la opinión mayoritaria del tribunal expresada en la SAP Madrid 16 mayo 2023, señalando que respecto de la consideración del demandante como español de origen al haber nacido en el Sáhara español antes de 1975, debe tenerse en cuenta que una declaración de descolonización por exigencias de naturaleza política y de orden internacional, si bien puede implicar que el territorio de las colonias sea un espacio diferenciado del propiamente nacional, ello no puede significar que los habitantes de ese espacio puedan verse privados de una nacionalidad que hasta ese momento ostentaban, y que en el caso enjuiciado se determina por el nacimiento del solicitante en el Sáhara español en 1967, conclusión que se recoge en el RD 2258/1976, de 10 agosto para aquellos naturales del Sáhara que no optasen por la nacionalidad española en el plazo establecido, norma que resulta contraria al art. 11 CE, por un lado, y por otro, a los arts. 24 y 25 Cc que impiden la pérdida de la nacionalidad española fuera de los casos previstos legalmente y que conducen además a la consideración del afectado como apátrida en contradicción con la Declaración de Derechos Humanos.

Por tanto, lo expuesto debe conducir, a su juicio, a la estimación del recurso de apelación interpuesto, a la revocación de la sentencia de instancia, y a la estimación de la demanda formulada, declarando la nacionalidad española del demandante por haber nacido en España en el territorio del Sáhara Occidental en 1967, con las consecuencias y declaraciones inherentes a tal pronunciamiento.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ*

149. LA AUDIENCIA NACIONAL DENIEGA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA COLABORACIÓN DEL SOLICITANTE CON LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA MARROQUÍES DESDE EL AÑO 2010 INFORMANDO DE LOS ÁMBITOS DEL FRENTE POLISARIO (SAN 3ª 31 mayo 2023)

150. NO SE ACREDITÓ LA CONDICIÓN DE SEFARDÍ ORIGINARIO DE ESPAÑA POR LO QUE NO ES NECESARIO EXAMINAR LA ESPECIAL VINCULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE NACIONALIDAD POR CARTA DE NATURALEZA (SAP Madrid 9ª 6 julio 2023)

Observaciones: 1. La presente resolución trae como causa un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de los de Madrid de 23 enero 2023, por la que se desestima la demanda interpuesta por la parte actora contra Res-DGSJyFP denegatoria la nacionalidad por carta de naturaleza al amparo de la Ley 12/2015, de 24 de junio. En concreto, se discute si la solicitante ha justificado debidamente la genealogía de su apellido (Bernarda) con su vinculación a los judíos expulsados de España. En la especie, la DGSJyFP declara que de la documentación presentada no se infiere que la solicitante haya acreditado la genealogía sefardí de su apellido (*Bernarda*) impugnando asimismo la validez probatoria de los certificados aportados. Los argumentos de la DG son asumidos por el JPI y por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el sentido de que “para acreditar el origen sefardí es necesario establecer una genealogía que así lo acredite, extremo éste que no se desprende de la documentación aportada. Sentado lo anterior, resulta innecesario examinar el segundo requisito (la especial vinculación con España)”.

2. A nuestro entender aquí radica el *quid* o problema de fondo. Como es sabido, la Ley 12/2015 reconoce un derecho subjetivo a ser español si el interesado prueba su condición de sefardí originario de España. Para ello establece los criterios de determinación y un procedimiento singular que permite al Estado “controlar” quiénes son sefardíes especialmente vinculados con España a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por Carta de Naturaleza

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante).

(Instrucción DGSJyFP de 29 septiembre 2015). En este sentido, la condición de sefardí deviene en el presupuesto subjetivo de la norma siempre que se pruebe tener la condición de sefardí originario de España y estar vinculado con España. Los medios de prueba consisten en una panoplia de certificaciones que permiten valorar en su conjunto estas dos condiciones. Ahora bien, la Ley 12/2015 *no exige aportar una genealogía familiar que vincule al solicitante con el linaje sefardí originario de España*. Antes bien, se trata de un documento más de entre los que permiten valorar la condición de sefardí originario de España y, en concreto, la pertenencia de sus apellidos con el linaje sefardí de origen español. En este sentido, conviene citar la SAP Madrid Sección 10ª de 04/10/2023 (ECLI:ES:APM:2023:13178) revocatoria de la Resolución DGSJyFP 15 abril 2021 en un supuesto idéntico al presente, excepción hecha del apellido en cuestión (*Zulima*). La DGSJyFP, en su resolución denegatoria, pone en cuestión la idoneidad de los certificados aportados por la solicitante para demostrar su condición de sefardí originario de España. Es decir, el linaje de su apellido (*Bernarda*). La sección 9ª de la AP Madrid hace suyos los argumentos de la sentencia del juzgador de instancia que, a su vez, recoge lo señalado por la DG.

3. Pueden resumirse así (FJ2): (1) sobre el Informe emitido por el *Centro de Documentación y Estudio Moisés de León* respecto del apellido (*Bernarda*) afirma, por una parte, que dicho Centro carece de competencia al no estar incluido entre los indicados en el art 1.2 de la Ley 12/2015 y, por otra parte, que no se cumple el requisito de motivación art. 1.2 ap. f) dado que el apellido (*Bernarda*) se ha usado históricamente por judíos sefardíes “pero sin vincular genealógicamente a la interesada con los judíos sefardíes expulsados” (FJ 2); (2) sobre los certificados expedidos por el Presidente de la *Jewish Federation of Mexico* y por el Rabino D. Florian de la Federación Judía de Nuevo México, aunque en principio pudieran ser válidos, *no resultan aplicables toda vez que dicha autoridad rabínica no ejerce su jurisdicción en la ciudad de residencia habitual de la solicitante ni tampoco es el Rabino su ciudad natal* (la solicitante nació y reside en Colombia) y por ende no se cumple el requisito del art. 2 b) y c) de la Ley); (3) en relación con el certificado expedido por la *Comunidad Shomer Yisrael-Guardián de Israel*, aunque sí radica en el país de nacimiento de la solicitante (Colombia), se niega su validez por no ser entidad avalada por la Federación de Comunidades Judías de España (en los términos establecidos en las letras b) y c) del art. 2 de la Ley); (4) un último apunte sobre el valor del Acta de Notoriedad. La recurrente sostenía que la resolución de la Dirección General quebranta la autoridad que la Ley 12/2015 concede al Notario en la valoración documental. Este argumento es rechazado por la Sala pues, en efecto, la intervención de Notario español en el procedimiento, aunque relevante, es meramente instrumental sin que su juicio de notoriedad vincule al Centro Directivo. Y es que en el sistema (temporal) previsto en la Ley 12/2015, la resolución de la DGSJyFP es el acto que pon fin a este procedimiento (ya no es un real decreto del Consejo de Ministros).

4. A modo de conclusión, y teniendo en cuenta la posterior SAP M sección 10ª, de 04/10/2023, resulta pertinente, en aras de la seguridad jurídica, la necesaria superación de la contradicción de los criterios de valoración de los certificados expedidos por rabinos de comunidades judías situadas en lugares distintos de la ciudad natal o zona de residencia del solicitante (inadmitido por la sección 9ª y admitido por la sección 10ª) y la aclaración del alcance del Informe de la letra f) del art. 1.2º Ley 12/2015 en el sentido indicado por la sección 10ª dado que *la Ley no exige aportar una genealogía familiar que vincule al solicitante con el linaje sefardí originario de España*. La seguridad jurídica lo demanda. Estamos seguros de que la DGSJyFP ya ha debido tomar nota.

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Esta Nota-comentario se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020-114611RB-100-Ministerio de Ciencia e Innovación: *Protección del menor en las crisis familiares internacionales. Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*. IP,s: Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED)

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

151. LA CLÁUSULA DE CONTRACTUAL DE SUMISIÓN AL DERECHO ALEMÁN NO PUEDE PREVALECEER SOBRE LAS NORMAS DE CONFLICTO ESTABLECIDAS EN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA QUE SON IMPERATIVAS (SAP Madrid 21^a 1 diciembre 2022)

Observaciones: 1. La parte actora interpuso demanda contra Allianz Versicherungs AG, en su calidad de aseguradora de Alamedics GmbH AG, reclamando el pago de una importante cantidad de dinero en concepto de indemnización por la ceguera total irreversible bilateral derivada del empleo en las intervenciones quirúrgicas de desprendimiento de retina de ambos ojos a las que fue sometido el demandante en el Hospital Reina Sofía de Córdoba en el año 2015 de un producto sanitario de la marca Ala Octa, fabricado por la compañía asegurada por Allianz, que era defectuoso y que fue retirado por la Agencia Española de Medicamentos tras la alerta sanitaria de 26 junio 2015. Allianz considera que la reclamación no se sostiene: a su entender, de acuerdo con la cláusula 32 de las Condiciones Generales del contrato de seguro firmado con Alamedics, el Derecho aplicable es el Derecho alemán y esta normativa no admite el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en el ámbito de un seguro voluntario de responsabilidad civil como es el caso. No piensan así el juez de instancia ni la AP, que rechazan que el perjudicado carezca de acción directa contra la aseguradora: se amparan en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que les conduce a la aplicación de la ley española y, con ello, a un art. 76 LCS que permite al perjudicado ejercitar la acción directa contra la aseguradora del responsable.

2. La AP de Madrid considera que, en aplicación del Reglamento Roma II, la ley aplicable es la ley española. Al respecto, dos comentarios.

A.– Si bien estamos de acuerdo en la ley española como *lex causae*, resulta un poco confuso, a nuestro entender, el camino que lleva a la AP hasta el Derecho español. Se apoya para ello, en primer lugar, en el art. 4.1º Roma II (FD 3º), cuando dice que “en particular, es aplicable” este precepto, lo que le conduce, como supuesto de obligaciones extracontractuales en caso lesiones personales y en ausencia de elección expresa o tácita de ley (art. 14 Roma II, regulando una autonomía de la voluntad que también juega en el ámbito de la responsabilidad por productos), a la ley española como lugar donde se ha producido la lesión como daño directo. Pero seguidamente introduce el art. 5 Roma II, que es el artículo que regula específicamente la ley aplicable a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en los términos de “por su parte, establece el art. 5.1º (...), lo que también lleva a concluir que la ley aplicable es la española” (FD 3º). No estamos seguros de que la AP tenga clara las relaciones entre el art. 4 y 5 Roma II, que parece mezclar (más precisa, en cambio y *v.gr.*, SAP Madrid 10 diciembre 2019). Como regla general, el art. 4 Roma II sólo se aplica subsidiariamente, esto es, en ausencia de regla especial. Y no es éste el caso en tanto que aquí existe una regla especial relativa a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos como es el art. 5 Roma II. Que en el caso que nos ocupa conduzca asimismo a la ley española, como ley del país en el cual coinciden la residencia habitual de la persona perjudicada y el lugar de comercialización del producto (art. 5.1º.a Roma II), no es razón para no respetar con mayor claridad el juego jerárquico de las normas de conflicto de Roma II. Cuando el legislador ofrece una regla especial, lo hace por la inconveniencia que puede generar la proyección de las conexiones de la regla general sobre una materia concreta, como sucede con el criterio del lugar de comisión del ilícito propio de la regla general del art. 4 Roma II respecto del ámbito de la responsabilidad por productos en tanto que pueden conducir a ordenamientos poco ajustados. Primero, porque puede reclamar la aplicación de una ley cuya conexión con el caso sea marginal (*v.gr.*, español residente en Madrid que sufre un daño en el curso de un viaje al extranjero por un producto fabricado en España); y, segundo, por las dificultades de concreción del *locus* (*v.gr.*, medicamento que toma la víctima en el curso de un viaje por varios Estados). Las conexiones del art. 5 Roma II atienden precisamente a la particularidad de la responsabilidad por productos, combinando distintas conexiones para

garantizar el equilibrio entre los intereses del responsable del daño (previsibilidad) y aquéllos de la víctima (expectativas). De ahí que haber llegado en el caso a la ley española vía art. 5 Roma II proporcione más seguridad que haberlo hecho también vía art. 4 Roma II. Con todo, la regla especial no elimina por completo el juego de la regla general: el art. 5 Roma II se comporta como una excepción sólo al *locus damni* del art. 4.1º Roma II, no a la posible aplicación preferente vía art. 4.2º Roma II de la residencia habitual común de las partes (el art. 5 Roma II habla de “sin perjuicio del art. 4.2º...”), que no es el caso en el supuesto comentado, donde no coincide la residencia de la víctima con la del responsable del daño, operando siempre, como conexión de cierre, la ley más estrechamente vinculada, tampoco aquí relevante.

B.– Dicho esto, no puede desconocerse que en el ordenamiento jurídico español y en el ámbito de la responsabilidad por productos, convive el Reglamento Roma II con el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, que nos vincula desde 1989. De acuerdo con el art. 28.1 Roma II, como Convenio anterior a la adopción del Reglamento que es (de ser posterior, el régimen preferencial varía, trasladada la competencia para negociar futuros Convenios desde los Estados soberanos al legislador europeo), concluido con terceros Estados (Noruega, Serbia, Montenegro...; los concluidos sólo entre Estados miembros dejan de aplicarse: art. 28.2 Roma II) y continente de normas de conflicto en el ámbito extracontractual, su aplicación es preferente. La AP de Madrid, sin embargo, no hace mención alguna a este Convenio a la hora de decidir la ley aplicable cuando en realidad sus normas desplazan, no sólo al régimen general del art. 10.9º Cc, también al art. 5 Roma II (tampoco parece ver esta preferencia la SAP de Salamanca de 21/6/2021, *v.gr.*, en un caso que también implica a Alamedics y Allianz): un supuesto de responsabilidad de fabricante de un producto acabado no es un caso excluido de su ámbito material (sí lo sería la relación directa entre el adquirente de un producto y la persona responsable que le transfiere ese producto, como la víctima de un producto farmacéutico respecto de la farmacia donde lo adquirió, *v.gr.*, que no es el caso). Otra cosa es que posiblemente a partir de las reglas del CH 1973 también se hubiese llegado a la aplicación de la ley española: tal vez no por el art. 5 CH 1973, de no coincidir la residencia habitual de la persona directamente perjudicada ni con el Estado donde se ubica el establecimiento principal del presunto responsable ni con el Estado donde la víctima adquirió el producto, si no, e inoperante la cláusula de comercialización del art. 7 CH 1973, por su art. 4 CH 1973, al coincidir el Estado en cuyo territorio se haya producido el daño con aquél de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada. Aun cuando la simplicidad de las reglas del art. 5 Roma II a la hora de la determinación de la ley aplicable, de aplicación más sencilla frente a la mayor complejidad de las propuestas por el CH 1973, establece el art. 28.1º Roma II la aplicación preferente del CH 1973 y así debería haberlo considerado la AP. Otra cosa es que esta preferencia no ayude al objetivo de Roma II de unificar las soluciones en el ámbito europeo en aras a la realización del mercado interior: distintas respuestas de ley aplicable a la responsabilidad por productos dadas las distintas fuentes y el hecho de que no todos los Estados miembros son parte del CH 1973 (sí Francia o Países Bajos, *v.gr.*, y no muchos otros). El respeto a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros, base de la aplicación de estos Convenios anteriores, no debería ser vía para un posible *forum shopping*, de menor recorrido de haber firmado todos los Estados miembros el CH 1973: de ahí las propuestas de inversión de la regla de compatibilidad o, de manera más radical, las recomendaciones de denuncia de este tipo de Convenios (posibilidad ya contemplada en el art. 29.2º Roma II), de convivencia menos traumática en casos como el CH 1973, dada la mayor comunidad de sus reglas con las propias del art. 5 Roma II, y sí más extrema en otros como, *v.gr.*, el CH 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, cuyas especialísimas respuestas poco tienen que ver con las reglas generales aplicables vía Roma II.

3. Si hemos comentado la cuestión de la ley aplicable a la relación entre el asegurador y el perjudicado es porque resulta relevante cara al tratamiento de la acción directa. Nada dice el CH 1973, pero sí el Reglamento Roma II, cuyo art. 18, siguiendo el modelo del art. 9 CH 1971 sobre ley aplicable a accidentes de circulación, permite al perjudicado ampararse para el ejercicio de la acción directa en la ley reguladora del contrato de seguro o en la ley aplicable a la responsabilidad

no contractual. Tal como entiende la AP (FD 3º), no tiene razón la aseguradora, por tanto, cuando invoca la ley alemana como *lex contractus*, que no admite la acción directa, frente a un perjudicado que recurre a la ley española como ley reguladora de la responsabilidad no contractual como una de las alternativas que le ofrece el art. 18 Roma II y que sí la admite (art. 76 LCS). Con independencia de las excepciones objetivas que la aseguradora pueda oponer frente al perjudicado (cláusulas definitorias del riesgo asegurado, cobertura del seguro...), no sólo no es oponible el pacto a terceros, tampoco participó la víctima del daño en la elaboración de una cláusula de elección de ley en tanto que pactada exclusivamente entre asegurador y asegurado: la cláusula 32 del contrato de seguro no se encuentra dentro de las cláusulas que delimitan del riesgo asegurado, encargándose exclusivamente de determinar la ley aplicable a la relación entre Allianz y Alamedics, y no a concretar el riesgo objeto del contrato (riesgos cubiertos, cuantía, plazo de cobertura, ámbito espacial...). Por tanto, y aunque la ley del contrato debe ser tenida en cuenta para resolver ciertas cuestiones previas importantes (existencia y validez del contrato, extensión de los riesgos, cobertura...), cabe la acción directa, aunque no lo permita la *lex contractus*, cuando sí lo hace la ley aplicable a la responsabilidad no contractual (en esta línea, SAP Gipuzkoa 1 septiembre 2009; SAP Madrid 10 diciembre 2019; SAP Madrid 7 mayo 2020; SAP Barcelona 23 septiembre 2020; SAP Salamanca 21 junio 2021; SAP Madrid 14 marzo 2022; ATS 27 abril 2022...; también, aunque en materia de accidentes aéreos, ap. 42 a 44 de la STJUE 9 septiembre 2015, *Prüller-Frey*, invocando la ley española como ley del daño por un accidente ocurrido en Cádiz, aunque la ley alemana aplicable al contrato de seguro no admitía la acción directa: “la ley aplicable al contrato de seguro de que se trata no puede obstaculizar que se ejercite una acción directa, en su caso, sobre la base de la ley aplicable a la obligación extracontractual”). Está claro que el art. 18 Roma II se inclina a favor de la víctima del daño: le permite optar por la ley que resulte más favorable a sus intereses en función no solo de la posibilidad de admisión de la acción directa, también de su régimen y condiciones para su ejercicio, como plazos de prescripción o caducidad, legitimación o excepciones oponibles por el asegurador. La posición del asegurador es más delicada. No porque el art. 18 Roma II vincule la posibilidad de la acción directa a la ley reguladora del contrato de seguro, lo que no plantea problemas de seguridad jurídica: la aseguradora debe conocer la ley reguladora del contrato que ha suscrito, esto es, si contempla la eventualidad de una acción directa del perjudicado contra la compañía de seguros, como sucede en el caso con Allianz, donde la ley alemana no lo hace. Sí, en cambio, cuando el art. 18 Roma II vincula la acción directa a lo dispuesto en la ley reguladora de la responsabilidad no contractual. Menos problema cuando esta ley se determina por el art. 4 Roma II, aplicable en defecto de pacto, como es el caso que nos ocupa: aunque la acción directa está llamada a fortalecer la posición del perjudicado y su derecho a la indemnización, la identificación objetiva de la ley aplicable a la responsabilidad no contractual no pone en riesgo la seguridad jurídica para aseguradora. O, lo que es lo mismo, Allianz puede prever razonablemente que su posición como aseguradora de una compañía como Alamedics que actúa con terceros (la víctima) se vea alterada por la aplicación a ciertos aspectos de esta relación de la ley (española) reguladora del daño asegurado por Allianz e infringido por la asegurada a ese tercero. Cosa distinta sería, aunque no es el caso de la resolución comentada, que la ley reguladora de la responsabilidad no contractual viniese determinada a través del art. 14 Roma II, regulador del ejercicio de la autonomía de la voluntad de responsable del daño y víctima, en tanto que permite someter la acción directa a una *optio legis* ajena totalmente a la voluntad del asegurador y, con ello, a la aplicación de un ordenamiento jurídico claramente imprevisible. De estar en esta situación, el riesgo a la seguridad jurídica que esta libertad conflictual representa justificaría la extensión a la figura del asegurador de la cláusula de salvaguardia del art. 14.1º *in fine* Roma II, que condiciona la elección de ley por responsable del daño y víctima a la ausencia de perjuicio a “los derechos de terceros”. Esta disposición permitirá al asegurador, como tercero, ampararse en la ley objetivamente aplicable a la responsabilidad no contractual (art. 4 Roma II) en aquellos casos en los que la ley elegida ex ante o ex post al hecho generador del daño por voluntad de responsable del daño y víctima (art.

14 Roma II) contemple la acción directa y no lo haga la ley objetivamente aplicable; o cuando la ley elegida establezca un límite mayor de responsabilidad que el determinado por la ley objetivamente aplicable, asumiendo el asegurador la indemnización en el límite establecido por la ley objetivamente aplicable y obligando a la persona responsable del daño a hacerse cargo de la diferencia a la hora del pago de esta indemnización a la víctima. Del mismo modo, no debería impedir al asegurador favorecerse de las consecuencias más favorables que sí puede reportarle la elección de ley seleccionada por voluntad de responsable del daño y víctima, como apelar al ordenamiento jurídico elegido que no contemple la acción directa o que determine un límite de responsabilidad menor que el contemplado por la ley objetivamente aplicable. Se produciría así un fraccionamiento normativo: en tanto que elección válida, las relaciones entre responsable del daño y perjudicado se someterían a la ley elegida, que excluiría de su ámbito de aplicación solo la cuestión relativa a la acción directa, mientras que la posición del tercero asegurador debería valorarse de acuerdo con la ley objetivamente aplicable a la obligación extracontractual. Y todo ello, excepto consentimiento del asegurador, en cuyo caso perdería la condición de tercero y, con ello, la posibilidad de invocar el art. 14.1º *in fine* Roma II para oponerse a la elección de ley. O, si bien complicada en la práctica dadas las dificultades de seleccionar un ordenamiento jurídico que se ajuste a las necesidades de perjudicado, responsable del daño y asegurador, eventual participación del asegurador en la elección de ley, que se produciría, dado que el art. 14 Roma II habla de “partes”, de incluir en este concepto a las partes procesales y considerar como tal al asegurador en cuanto obligado solidario con el responsable del daño a pagar la indemnización debida: piénsese en la práctica de demandar conjuntamente al responsable del daño y al asegurador y en la posibilidad de celebrar un pacto de elección de ley conjunto posterior al hecho generador del daño; o, de demandar sólo a la persona del asegurador, elección de ley entre el perjudicado y el asegurador, siempre que la ley seleccionada no se empleara en perjuicio del asegurado responsable del daño.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

PROCESO

152. NO SE CONSIDERA ACREDITADO EN AUTOS QUE SE EFECTUASE EL EMPLAZAMIENTO DE LA COMPAÑÍA DEMANDADA EN LEGAL FORMA. ASÍ, PARTIENDO DE QUE EL REGLAMENTO CE Nº 1393/2007 (SAP Madrid 9ª 10 mayo 2022)

153. DADO QUE NO SE HA EFECTUADO EL EMPLAZAMIENTO CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL REGLAMENTO 1393/2007, TAL INFRACCIÓN AFECTA AL DERECHO DE DEFENSA Y, EN DEFINITIVA, AL DERECHO A UN JUICIO JUSTO (SAP Madrid 28ª 15 julio 2022)

154. EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO UE 2020/1784, CUANDO SE DESCONOZCA LA DIRECCIÓN DE LA PERSONA A LA QUE HAYA DE NOTIFICARSE EN OTRO ESTADO MIEMBRO, ESE ESTADO MIEMBRO PROPORCIONARÁ ASISTENCIA PARA DETERMINAR LA DIRECCIÓN (SAP Navarra 3ª 14 septiembre 2023)

Observaciones: 1. La SAP Navarra 14 septiembre 2023, estima el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez nº 5 de Tudela que decretaba el divorcio de un matrimonio, decidiendo además la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre, con régimen de visitas en fines de semana alternos con el padre, y una pensión de alimentos de 200 euros por hijo al mes a cargo del padre, además del reparto al 50% entre ambos progenitores de los gastos extraordinarios de los menores. El recurrente, demandado en la

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

primera instancia, denunció la nulidad de su emplazamiento por edictos en el procedimiento, afirmando que el demandante ocultó su domicilio en Francia. No obstante, según consta en el relato de los hechos, la demandante no lo ocultó. De hecho, aportó un elemento suficiente como para haber activado el mecanismo establecido en el art. 7 del Reglamento nº 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 noviembre 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO L 405 de 2.12.2020) –en adelante Regl. 2020/1784–.

2. Para la AP es evidente que cuando entra en juego un componente extranjero la práctica de la notificación hay que hacerla de conformidad con lo establecido en dicho Reglamento europeo, dado que ya se encontraba en vigor cuando los primeros intentos de emplazamiento del demandado dieron resultado negativo (la diligencia del Juzgado de Paz de Corella es septiembre 2022 y la decisión del Juzgado de Primera Instancia de averiguación de domicilio es octubre 2022). La entrada en vigor del Reglamento data de 1 julio 2022. Afirma la AP que, según el art. 1.2º Regl. 2020/1784, el Reglamento no se aplica cuando la dirección de la persona a la que haya de notificarse el documento sea desconocida, con excepción de lo establecido en el art. 7. Dicho precepto incorpora una regulación novedosa al instaurar la obligación de asistencia que existe entre los Estados miembros para la determinación de la dirección. A tal fin, dicha asistencia puede consistir en: a) designar a autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento; b) permitir que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, incluso por vía electrónica, sobre direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento, bien directamente a registros con información domiciliaria, bien a otras bases de datos de consulta pública mediante un formulario normalizado disponible en el Portal Europeo de e-Justicia; o c) proporcionar información detallada, a través del Portal Europeo de e-Justicia, sobre cómo encontrar las direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento. Es decir, para la AP el Tribunal a quo debería, antes de haber emplazado al demandado por edictos, haber solicitado dicha asistencia a las autoridades francesas.

3. Para reafirmar su postura la AP argumenta que: “No salva la cuestión, finalmente, el hecho de que el juzgado de instancia remitiese un correo electrónico al demandado (a la vez que lo emplazaba por edictos). Por un lado, porque no consta certidumbre ni del contenido del correo ni de su eventual recepción por el destinatario. Y, por otro lado, en cualquier caso, porque el Tribunal Constitucional viene afirmando con reiteración (entre otras, SSTC 109/22; 120/22; 6/2019; 47/2019; 40/2019) que no cabe efectuar el primer emplazamiento en el proceso civil a través de una comunicación electrónica “. La AP en su razonamiento no tiene en cuenta que el propio art. 19 Regl. 2020/1784 no solo no admite la notificación por correo electrónico, siempre que se observen determinados requisitos, sino que, incluso, permite que la notificación del inicio del proceso se haga a través de dicho medio (N. Marchal Escalona, “La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas”, *CDT*, vol. 15, nº 2, 2023, pp. 736–766). En particular, el legislador europeo supedita el empleo de esta vía de comunicación al cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: a) que se trate de un medio electrónico que, conforme al Derecho del Estado del foro, esté disponible para la notificación de documentos a nivel nacional); b) que sea remitida a la dirección del destinatario del documento, y c) que el destinatario haya prestado su consentimiento expreso.

4. La regularidad y validez de toda notificación electrónica requiere en el espacio judicial europeo del consentimiento del demandado. Dicho consentimiento, a tenor de lo establecido en el art. 19 Regl. 2020/1784, puede ser prestado de dos modos distintos, bien de forma general para notificar o trasladar documentos en el transcurso de los diferentes procedimientos judiciales que pueden llegar a existir [art. 19.1 a)º], en cuyo caso se exigen que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento e-IDAS, o bien puede

prestarse respecto de un procedimiento en concreto sin utilizar servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de dicho Reglamento. En tal caso, se exige la prueba de la recepción efectiva del documento por parte del destinatario. A tal fin, el destinatario debe confirmar la recepción del documento firmando y enviando a vuelta de correo un acuse de recibo o enviando a vuelta de correo un correo electrónico a partir de la dirección de correo electrónico proporcionada por el destinatario para la notificación o el traslado. El acuse de recibo también puede firmarse electrónicamente (considerando 33 Regl. 2020/1784). Se da cobertura así a las diferentes prácticas existentes entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea [F. Esteba de la Rosa, “Obligaciones, derechos y garantías frente a las brechas digitales en la vertebración de la justicia en línea”, en *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar* (J.F. Rodríguez Ayuso, coord.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 447–448]. Aunque la regulación de esta vía de notificación sea loable, porque reduce costes en la tramitación del proceso, ello no impide que sea criticable. El legislador debería haber concretado las garantías que han de acompañar la prestación del consentimiento, a fin de asegurar que este fuera fruto de una decisión informada y advertida.

En este caso no nos costa si hubo –o no– dicho consentimiento. Además, para que la notificación por correo electrónico fuera válida, la AP debería –de haberse dado el caso– haber comprobado si esta modalidad de notificación es admitida –o no– en Francia. Según la declaración emitida por el Gobierno francés, la notificación por medios electrónicos es admitida, siempre que se garantice la correcta identificación, la integridad de los documentos transmitidos, la seguridad y confidencialidad de los intercambios y, además, pueda determinarse con certeza la fecha de envío y la fecha de recepción por el destinatario. (Disponible en: https://e-ustice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FRANCE&member=1).

5. Con todo, aunque se cumplieran todos los requisitos estipulados en el Reglamento quedaría por analizar la compatibilidad de este medio de notificación con las más elementales exigencias de Justicia. Según el Tribunal de Derecho Humanos, la notificación electrónica es compatible con los derechos fundamentales, como así evidenció en la Sentencia dictada el 16 febrero 2021 en el asunto *Stichting Landgoed Steenberghe y otros vs. Países Bajos* (Demanda nº 19732/17). No obstante, a nuestro juicio, notificar el inicio del proceso a través de la vía electrónica conculca el derecho a una tutela judicial efectiva. Consideramos que el legislador europeo se precipitó al contemplar esta vía de notificación. No valoró de forma reflexiva y pausada lo que significaba admitir la transmisión del escrito que inicia el proceso a través de este medio.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

155. LA DEMANDADA ES INFRACTORA DE LAS MARCAS UE DE LA ACTORA, PUES LOS PRODUCTOS QUE INCORPORABAN SIGNOS IDÉNTICOS A DICHAS MARCAS TENÍAN COMO DESTINO VALENCIA Y NO ARGELIA (S Trib. Marcas UE Alicante 31 octubre 2022)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “(RE)JURPAT” PID2019-106496RB-I00.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS

156. NO CABE DENEGAR LA ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL PLANTEADOS CONTRA UNA RESOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA QUE CONFIRMÓ UN EXECUÁTUR (ATS Civ 1ª 8 junio 2022)

157. SE APRECIA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL, PUES YA EXISTE UNA SENTENCIA CUBANA CUYO OBJETO ES IDÉNTICO (ART. 222 LEC) (SAP Valencia 10ª 13 julio 2022)

158. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL FRENTE A UN NUEVO PROCESO INICIADO EN ESPAÑA [SAP Valencia 10ª, de 13 julio de 2022].

Observaciones: 1. Se presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia contra la Sentencia de 29 julio 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de esta localidad, por la que se estimó una demanda formulada contra el apelante en la que se acordaron un conjunto de medidas sobre responsabilidad parental y alimentos respecto de su hija menor. Los motivos en los que el recurrente sustentó el recurso de apelación fueron los siguientes: rebeldía involuntaria; excepción de inadecuación del procedimiento; excepción de cosa juzgada y error en la valoración de la prueba.

2. En el presente recurso la Audiencia Provincial de Valencia consideró que la existencia de una previa resolución judicial extranjera que se pronuncia sobre alguna de las medidas solicitadas en el proceso recurrido “provoca una cuestión de índole procesal que necesariamente ha de resolverse con carácter previo”, dado que entre los documentos acompañados al mismo se encuentra una Sentencia dictada el 13 diciembre 2012 por la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Centro Habana, Cuba en proceso sumario de alimentos promovido por la madre de la menor, por el que se condena al apelante al pago de una pensión alimenticia a favor de su hija.

La Audiencia Provincial expresa en el fundamento jurídico segundo, último párrafo, que, con arreglo a lo dispuesto en la LCJIMC y “respecto de la resolución a dictar en el presente procedimiento concurriría, en su caso, la excepción de cosa juzgada material, pues ya existe una sentencia cuyo objeto es idéntico (art. 222 LEC)”, motivo este por el que las partes deberán acudir al reconocimiento de dicha sentencia tanto si se pretende el mantenimiento de las medidas allí establecidas a efectos de su ejecución, como si lo que se persigue es su modificación.

Sin entrar en el examen de lo que constituye el objeto del procedimiento, la Audiencia Provincial procedió a estimar el recurso interpuesto, con la consiguiente revocación de la resolución dictada en primera instancia, dejando abierta la posibilidad a las partes de acudir al procedimiento de execuátur a efectos de solicitar, en su caso, la modificación de medidas establecidas en la sentencia cubana. Es decir, deja sin efecto alguno la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que existe una necesidad ineludible de proceder al execuátur previo de la resolución cubana de alimentos en orden a una eventual solicitud su modificación.

3. Varios son los aspectos que caben precisar del fallo objeto de análisis. Para empezar, la Audiencia Provincial no ha hecho más que ratificar un comportamiento que se ha venido advirtiendo en buena parte nuestra jurisprudencia cuando, erróneamente, entiende que no se puede plantear un nuevo procedimiento en España, de existir una sentencia extranjera con el mismo objeto, hasta que un tribunal español se pronuncie sobre el reconocimiento o no de la decisión en cuestión (AAP Madrid 30 noviembre 2005, modificación de sentencia ecuatoriana).

Este silogismo es, de primeras, inexacto, pues, aunque es cierto que sin el previo reconocimiento de la decisión extranjera no concurre la excepción de cosa juzgada, las partes, si así lo prefieren, podrán ignorar la existencia de la sentencia extranjera y la optar por plantear *ex*

novo un proceso declarativo sobre el mismo objeto ante nuestras autoridades. Esto es precisamente lo que ocurrió en el proceso seguido en primera instancia ahora cuestionado. Otra lectura pondría en entredicho la tutela judicial efectiva y transformaría en obligatorio algo que no lo es (el reconocimiento previo de la decisión extranjera).

Sobre la excepción de cosa juzgada hay que tener presente que esta podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en el marco de un procedimiento, aunque lo que comúnmente suele ocurrir es que sea la parte demandada la que invoque dicha excepción ex art. 416.1.2º LEC. En el presente recurso no se aporta ninguna información al respecto, pero según se desprende del fundamento jurídico primero, al ahora apelante, entonces demandado, se le tuvo por no comparecido en las actuaciones, motivo por el que fue declarado en rebeldía procesal. Esta declaración obviamente impidió que el demandado esgrimiera la cosa juzgada en su momento procesal oportuno.

En relación con la rebeldía procesal es importante destacar que, con independencia de que el demandado rebelde esté legitimado para recurrir la resolución definitiva que le sea perjudicial (art. 500 LEC), este no podrá sin embargo plantear la apelación como si de una contestación a la demanda se tratara, dado que en la segunda instancia no se pueden esgrimir excepciones ni otras cuestiones que no fueron ni alegadas ni debatidas en la primera instancia (SAP Barcelona 26 febrero 2016). Tampoco el apelante podrá proponer pruebas en segunda instancia, a menos que la rebeldía lo sea por causas que no le sean imputables (art. 460.3º LCE).

Estas razones nos llevan a considerar la repercusión que pudo haber tenido en el fallo que el tribunal *ad quem* no entrara a valorar los motivos de apelación esgrimidos por el recurrente, y procediera sin más a dejar sin efecto la resolución dictada por el tribunal *ad quo* en base a un fundamento que no es imperativo: la necesidad de reconocer con carácter previo la decisión extranjera.

Nótese, además, que la Audiencia Provincial pasó por alto que la sentencia cubana solo se pronunciaba sobre una de las cuestiones contenidas en la sentencia objeto de recurso: los alimentos, lo que, desde la visión que defiende (exigencia previa de *execuátur*), solo podía afectar parcialmente a la sentencia recurrida, ya que esta sentencia también se pronunció sobre la atribución compartida de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia a la madre y la suspensión del régimen de visitas con el padre. El interés que esta precisión presenta en orden a la postura defendida por el tribunal de segunda instancia, es que dichos pronunciamientos no se verían afectados por la intervención de la cosa juzgada, pues de prosperar el reconocimiento de la sentencia cubana, esta excepción solo operaría respecto del pronunciamiento en materia de alimentos contenido en la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia de Valencia.

En segundo lugar, yerra igualmente la Audiencia Provincial cuando, al dejar abierta a las partes la posibilidad de atribuir el efecto de cosa juzgada a la decisión cubana de alimentos para su posterior modificación, invoca el procedimiento de *execuátur* como única vía posible para conseguir este efecto (SAP Barcelona 18 enero 2012 sobre modificación de sentencia boliviana sin *execuátur*).

Tal deflación resulta cuanto menos paradójica, toda vez que, en el fundamento jurídico segundo, párrafo cuarto, el propio tribunal identifica como aplicable el régimen de reconocimiento previsto en la LCJIMC, lo que resulta adecuado, ya que al no existir entre España y Cuba ningún convenio bilateral ni multilateral en materia de alimentos, el régimen aplicable es, en efecto, el previsto en los arts. 44–49 LCJIMC. Sin embargo, el tribunal no tuvo en cuenta en su fallo que esta ley establece en su art. 45.1º que una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por la vía principal o incidental. Por consiguiente, en el hipotético caso de que alguna de las partes plantee la modificación de la medida de alimentos establecida en la decisión cubana en base a un cambio de circunstancias –tal y como ha sugerido el tribunal en su fallo–, el reconocimiento previo de la decisión de alimentos no precisa per se acudir al *execuátur*, en la medida que el actor podrá optar por el reconocimiento incidental o por el *execuátur*, según

estime conveniente. Si el reconocimiento a título incidental o principal de la decisión cubana fracasara, también lo hará la demanda de modificación, lo que abrirá asimismo la alternativa de plantear nueva demanda sobre el mismo objeto ante los órganos jurisdiccionales españoles.

El reconocimiento a título incidental es sin duda la vía más rápida y efectiva para alcanzar el efecto de cosa juzgada de la sentencia cubana, si bien este reconocimiento no tendrá un alcance más allá del proceso donde se ha planteado, del mismo modo que tampoco impedirá que las partes planteen una acción de (no) reconocimiento a título principal para demostrar que la sentencia cubana no cumple alguno de los requisitos exigidos en el art. 46 LCJIMC, o lo contrario (reconocimiento positivo), casos estos últimos en los que siempre se exigirá el recurrir al executur. Al igual que el executur, el reconocimiento incidental precisa comprobar por parte de la autoridad requerida si concurre o no alguna de las causas de denegación del reconocimiento previstas en la LCJIMC.

Como cuestión de cierre, conviene referir que la modificación de la resolución cubana de alimentos quedará en cualquier caso sujeta a que la autoridad española disponga de competencia judicial internacional en la materia (STC 61/2000, de 13 de septiembre). Esta competencia quedará determinada por las reglas previstas por el Reglamento de Bruselas 4/2001, toda vez que su entrada en funcionamiento ha desplazado las normas de competencia previstas por la LOPJ. El art. 3 del referido Reglamento establece en sus distintos apartados foros alternativos en los que la autoridad española podría sustentar su competencia, a saber, el foro de la residencia habitual del demandado [art. 3, inciso a)] o del acreedor [art. 3, inciso b)] o, en su caso, el foro de accesoriadad de una demanda de principal de responsabilidad parental [art. 3, inciso d)].

4. Como se observa, la actuación de la Audiencia Provincial en la resolución de este asunto ha puesto de relieve la falta de entendimiento que todavía late acerca de cómo interviene la excepción de cosa juzgada frente al nuevo procedimiento abierto en España, cuando este quede afectado total o parcialmente por una sentencia extranjera. Por ello, es preciso comprender que, con independencia de que el efecto de cosa juzgada requiera el previo reconocimiento de la sentencia extranjera, dicho reconocimiento no implica necesariamente acudir al executur, pudiendo las partes decidir si la modificación de la sentencia extranjera tendrá lugar a través de un reconocimiento incidental o principal, así como tampoco constituye una exigencia imperativa capaz de impedir que las partes opten por plantear un nuevo procedimiento ante nuestros tribunales sobre el mismo objeto al margen del reconocimiento.

Gisela MORENO CORDERO *

159. LA SENTENCIA DE DIVORCIO ARGELINA, DICTADA EN REBELDÍA, NO HA SIDO RECONOCIDA EN ESPAÑA, POR LO QUE CARECE DEL EFECTO DE COSA JUZGADA (SAP Valencia 10ª 12 septiembre 2022)

160. DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR TRIBUNAL DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA POR HABERSE DICTADO EN REBELDÍA (SAP Huelva 2ª 9 noviembre 2022)

161. PROCEDE CONCEDER EL EXECUTUR DE UNA SENTENCIA MARROQUÍ PUES HAY UNA CONEXIÓN RAZONABLE DE LOS LITIGANTES CON EL ESTADO QUE HA DICTADO LA SENTENCIA EN TANTO AMBOS SON NACIONALES DE DICHO ESTADO (AAP Barcelona 18ª 13 diciembre 2022)

Observaciones: 1. En España residen 794.463 ciudadanos de nacionalidad marroquí con autorización de residencia y 72.253 con certificado de registro en vigor (OPI: 30-06-2023). Los juzgados y tribunales españoles enfrentan a menudo causas matrimoniales entre nacionales marroquíes residentes en nuestro país, principalmente debido a crisis matrimoniales bien

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

suscitadas en España o bien resueltas en Marruecos. La eficacia en España de resoluciones de divorcio procedentes de Marruecos, que deban reconocerse en España, está supeditada a la obtención del *execuátur* aplicando las condiciones y requisitos del art. 23 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y Marruecos de 30 mayo 1997 y siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 29/2015 de 30 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI).

2. No siempre los juzgados y tribunales españoles aplican correctamente este Convenio bilateral ni encajan adecuadamente su relación con la Ley 29/2015. Ejemplo de lo anterior son los tres autos objeto de esta nota-comentario. En el Auto 13 diciembre 2022, la Audiencia Provincial de Barcelona aplica correctamente el Convenio controlando, y citando, los requisitos de fondo y condiciones para autorizar el *execuátur* (art. 23). En el Auto 16 enero 2023, la Audiencia Provincial de Cádiz verifica correctamente las condiciones del *execuátur* de acuerdo con el Convenio acotando su eficacia al matrimonio celebrado en Marruecos y no al celebrado entre los mismos cónyuges un día antes en España (evidentemente). En el Auto 1 marzo 2023, la Audiencia Provincial de Valencia entiende inaplicable el Convenio y deniega el *execuátur* invocando indebidamente los motivos del art. 46 LCJI y aplicando erróneamente las reglas de competencia del art. 22 quáter de la LOPJ. Brevemente exponemos cada caso.

3. En el recurso resuelto por la AP de Barcelona (Auto de 13 diciembre 2022), la esposa había solicitado el *execuátur* de una sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca el 13 enero 2017. En la misma se adoptaban medidas relativas a la guarda del hijo, alimentos, gastos de custodia, de alojamiento y pensión para la esposa “durante el retiro legal” y una compensación en una sola cantidad. En la instancia, el marido se opuso al reconocimiento amparando su pretensión en el art. 45.1º Reglamento 1215/2012 y alegando como motivos para el no reconocimiento la existencia de conceptos “vagos” que no se aplican en nuestro ordenamiento jurídico, la rebeldía, impugnando su autenticidad. Del asunto conoció el JPI nº 7 de Badalona que concedió el *execuátur* aplicando el art. 54.5º LCJI. La Audiencia Provincial se detiene brevemente en el marco normativo de referencia rechazando, obviamente, la aplicación de los motivos de no reconocimiento del Reglamento 1215/2012 y de la LCJI ante la existencia del Convenio bilateral con Marruecos, que aplica correctamente declarando el *execuátur* tras la comprobación de oficio, a la luz de la documentación presentada (arts. 26 y 28), del cumplimiento de las condiciones para declarar la autoridad de cosa juzgada de la sentencia, sin que quepa excluir la competencia de los tribunales de Marruecos (art. 23) dada la nacionalidad marroquí de ambas partes, entendida como criterio de proximidad suficiente de las partes con tribunal de origen. Un encomiable ejemplo de economía procesal.

4. En el recurso resuelto por la AP de Cádiz (Auto 16 enero 2023), el esposo había solicitado el *execuátur* de sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Tetuán de 21 septiembre 2017. En la instancia se discutía la firmeza de la sentencia marroquí, la falta de citación a las partes y se impugnaban los documentos aportados. El JPI nº 4 de Ceuta desestimó la petición por insuficiente prueba documental de los requisitos del art. 23 del Convenio bilateral. La Audiencia reexamina la documental y declara el *execuátur* de la sentencia marroquí respecto del matrimonio celebrado en Marruecos. Expresamente señala que este reconocimiento no afecta al matrimonio anterior celebrado en España entre los mismos cónyuges. Aplica correctamente el art. 23 del Convenio para declarar la firmeza e irrevocabilidad de la sentencia así como la comparecencia en juicio de las partes debidamente representadas (en virtud de certificación del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Tetuán).

5. En el recurso resuelto por la AP de Valencia (Auto 1 marzo 2023), el esposo había solicitado el *execuátur* de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Asila de 23 junio 2021. En la instancia, la esposa se opuso por falta de firmeza de la resolución y por haber sido dictada en su ausencia. El JPI nº 24 de Valencia acordó el reconocimiento de la resolución marroquí. La apelante reitera en apelación sus motivos de oposición. Sin embargo, la Audiencia se centra en la falta de competencia del tribunal marroquí “al margen de los motivos de oposición

al executur, formulados por la apelante" (sic. FJ3) y deniega el executur. Para ello, toma como hechos relevantes la nacionalidad del marido (española) y la residencia de las partes en España (FJ2). Varios errores se observan en la fundamentación jurídica de la AP (FJ3): (1) aplicando indebidamente el art. 23 Cc, afirma que el esposo *no podía tener nacionalidad marroquí dado que había adquirido la española en un momento anterior* (apdos. I y II, FJ3). Como es sabido, el art. 23 Cc establece los requisitos para la eficacia de la adquisición de la nacionalidad española, sin que del mismo pueda derivarse necesariamente la pérdida de la nacionalidad de origen del promotor (cuestión reservada exclusivamente a los Estados soberanos). De acuerdo con la jurisprudencia marroquí y los Decretos reales, la renuncia ante autoridad extranjera no implica automáticamente la pérdida de la nacionalidad; (2) utiliza indebidamente los motivos de no reconocimiento del art. 46 de la LCJL, ignorando la aplicación del art. 23 del Convenio (apdos. III y IV, FJ3); (3) revisa indebidamente la competencia del juez de origen aplicando el art. 22 quáter de la LOPJ e ignorando que el art. 23.1 del Convenio prescribe que la competencia del órgano jurisdiccional se hará según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada (apdo. V, FJ3).

6. En definitiva, estas tres resoluciones muestran la errática aplicación del Convenio de Cooperación con Marruecos de 30 mayo 1997 en torno al executur de sentencias de divorcio marroquíes y el control de los motivos para declarar su firmeza y desplegar su eficacia de cosa juzgada en España.

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA *

162. LA SENTENCIA DICTADA EN MARRUECOS HA DE SER RECONOCIDA POR QUE SE DAN LOS REQUISITOS PARA ELLO PERO OTRA COSA ES LA EFICACIA QUE LA MISMA PUEDA TENER, PUES EXISTE UN MATRIMONIO CIVIL CONTRAÍDO EN ENTRE LOS MISMOS ESPOSOS UN DÍA ANTES (AAP Cádiz 5ª 16 enero 2023)

163. DENEGACIÓN DEL EXECUTUR DE UNA DECISIÓN VENEZOLANA SOBRE PATRIA POTESTAD POR HABERSE PRONUNCIADO ESTANDO EL RECURRENTE EN SITUACIÓN DE REBELDÍA PROCESAL (AAP A Coruña 3ª 8 febrero 2023)

164. EL ART. 96.2º DE LA LEY 20/2011 CONTEMPLA UNA DOBLE VÍA PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS FACULTANDO AL INTERESADO PARA A LA VÍA JUDICIAL, O ACUDIR ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL (AAP Madrid 31ª 9 febrero 2023)

165. SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE EXECUTUR SOLICITADA RESPECTO DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ASILA (MARRUECOS) (AAP Valencia 10ª 1 marzo 2023)

166. PROCEDE LA EJECUCIÓN DEL TÍTULO EXTRANJERO PUES LA AUDIENCIA NO PUEDE REVISAR LAS PREMISAS FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE LLEVARON AL TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO A EMITIR UNA SENTENCIA DE CONDENA DE CANTIDAD (AAP Zaragoza 5ª 8 marzo 2023)

167. EVENTUAL RELEVANCIA DE DECISIONES JUDICIALES RUSAS ADOPTADAS EN EL SENO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE UNA CAUSA CIVIL (SAP Barcelona 19ª 28 abril 2023)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Este comentario-Nota se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020-114611RB-100-Ministerio de Ciencia e Innovación: *Protección del menor en las crisis familiares internacionales. Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*. I.P.s: Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED).

168. EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS RECONOCIDAS EN ESPAÑA Y LEY APLICABLE A LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LAS PARTES DE CONFORMIDAD CON LOS 'TERMS OF BUSINESS FOR PROFESSIONALS CLIENTS' (STS Civ 1ª 8 SEPTIEMBRE 2023).

REENVÍO

169. EN VIRTUD DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12.2º DEL CÓDIGO CIVIL LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA QUEDA GARANTIZADA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (SAP Málaga 4ª 3 mayo 2023)

Observaciones: Una de las cuestiones más debatidas y más complejas que han suscitado las sucesiones internacionales es el célebre fenómeno conocido como el "reenvío". Pues bien, la SAP Málaga 3 mayo 2023 y la SAP Alicante 25 septiembre 2023 (*vid. infra*) aprovechan sus pronunciamientos para hacer una reflexión sobre la posibilidad de admitir el reenvío, tanto en aplicación de la normativa europea sucesoria, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de 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; como en aplicación de la normativa de producción interna, ex arts. 9.8º y 12.2º Cc.

En la SAP Málaga de 3 mayo 2023 se planteó la posibilidad de admitir el reenvío de primer grado en favor de la ley española, cuando existe una *professio iuris* para terminar fallando en contra del reenvío de primer grado, por la existencia de una elección de ley válida de forma tácita, reguladora de la sucesión, en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio.

Se trataba de un testador, nacido en Argelia, pero de nacionalidad canadiense y con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), que había dictado testamento en dicha localidad el día 24 enero 2011, antes por tanto de la publicación del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria. Sin embargo, al fallecer en Dubái (Emiratos Árabes), durante un viaje, el día 17 agosto de 2017, su sucesión debía regirse por el Reglamento sucesorio, aplicable a todas las sucesiones que se plantean en la Unión Europea cuyo fallecimiento se produzca a partir del 17 agosto de 2015 (art. 83.1º).

La sentencia de primera instancia había determinado aplicable al testamento la ley española, a través del reenvío de primer grado, en aplicación de las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012. Contra esa decisión se recurre en segunda instancia al considerar una errónea aplicación del Derecho sustantivo, al permitir el reenvío a la ley española para decidir sobre la controversia, teniendo en cuenta que se consideraba que había una elección de ley en favor del Derecho nacional del causante, esto es, en favor del Derecho canadiense, tal y como lo permite el art. 22 del Reglamento sucesorio.

El error más grave que se comete en primer instancia es interpretar el Reglamento sucesorio con la fundamentación del TS, en relación a los arts. 9.8º y 12.2º Cc, razonándolo del modo siguientes: "A estos efectos hay que advertir que, de acuerdo con la doctrina científica, 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 y, como dice el recurrido, el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble situado en Torremolinos (España), al que se refiere el presente litigio, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles. 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 el presente caso, 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 del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario”.

Por tanto, en primera instancia, a pesar de encuadrar la sucesión internacional en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, de forma correcta, se acaba aplicando la solución del TS que solo vale para la interpretación del reenvío de primer grado conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc, es decir, para su regulación por las normas de producción interna; pero no es aplicable para la interpretación de las normas de conflicto europeas sucesorias, dado que los principios jurídicos en los que se basan son distintos.

Este razonamiento realizado en primera instancia está literalmente copiado de la sentencia del TS 520/2019, de 8 octubre, que su vez recoge textualmente los pronunciamientos de la STS 18/2019, de 15 enero, dado que se trataba de supuestos de hecho muy semejantes.

En estas Sentencias del TS se plantea la posibilidad de admitir el reenvío de primer grado conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc a dos sucesiones a las que no les era aplicable el Reglamento sucesorio, ni tan siquiera eran aplicables al caso las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012 que, de una parte, admiten la validez de elecciones de ley aplicable realizadas antes de la aplicación del Reglamento (art. 83.2º) y, de otra, establecen que si una disposición *mortis causa* se realiza antes del 17 agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el Reglamento se considera que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (art. 83.4). Para la aplicación de estas transitorias es preciso que el fallecimiento tenga lugar después del 17 agosto de 2015 (art. 84). Es decir, la elección de ley (y la disposición válida conforme a la ley que podía haber elegido) hechas por el causante antes del 17 agosto de 2015 (incluso antes del 17 agosto de 2012), serán válidas siempre y cuando el fallecimiento haya ocurrido a partir del 17 agosto de 2015.

La posibilidad de la aplicación del Derecho transitorio del Reglamento sucesorio es el supuesto del caso que nos ocupa, por ello es incorrecto que se acuda a la doctrina jurisprudencial del TS sobre reenvío en el ámbito sucesorio elaborada en la aplicación de los arts. 9.8 Cc y 12.2º Cc, puesto que estamos en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio –dado que el testamento se dicta en 2011 pero el fallecimiento se produce en 2017–.

La doctrina del Tribunal Supremo en materia de reenvío, en aplicación de las normas de producción interna, ex arts. 9.8º y 12.2º Cc, es la siguiente:

“La tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, ha venido siendo defendida entre nosotros por un sector doctrinal con apoyo en modelos de derecho comparado. Pero no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica, y que tenía su apoyo fundamental en un doble dato normativo: 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); 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, de sucesiones).

Así, esta sala ha admitido el reenvío a la ley española, a pesar de que el causante otorgó testamento conforme a la libertad de testar de su ley personal, en las sentencias 849/2002, de 23 de septiembre, y 490/2014, de 12 enero 2015 (ciudadanos británicos residentes en España, donde fallecen bajo testamento en el que nombran herederas a sus esposas; se estiman las demandas de los hijos y se reconoce su condición de legitimarios). En estas dos sentencias fue relevante que se había considerado probado que todos los bienes del caudal relicto eran inmuebles que se encontraban en España, por lo que en virtud del reenvío que hace la ley inglesa a la ley española por lo que se refiere a la sucesión de los inmuebles, toda la sucesión se regía por la ley española. Es decir, la aplicación del reenvío en estos supuestos no provocó un “fraccionamiento legal de la sucesión”, lo que se considera contrario al art. 9.8º Cc que, al disponer

que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”, exige que la ley que regule la sucesión sea una sola ley.

En aplicación de esta doctrina que rechaza el reenvío de primer grado en materia de sucesión por causa de muerte cuando provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, es decir, cuando da lugar a que la sucesión se vea regulada por varias leyes, no se admitió el reenvío parcial a la ley española en los supuestos de las sentencias 887/1996, de 15 de noviembre, y 436/1999, de 21 de mayo. Tampoco se ha aceptado el reenvío a la ley española por lo que se refiere a los inmuebles en España en la sentencia 685/2018, de 5 de diciembre, porque en el caso resuelto en esta sentencia la aceptación de la voluntad del causante, acorde con su derecho nacional, de mantener a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra, donde mantenía cuentas financieras y no había perdido su arraigo, determinaba la aplicación de la ley inglesa a los bienes muebles y el reenvío solo hubiera conducido a la ley española para el inmueble en España, provocando un fraccionamiento legal de la sucesión”.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial que es utilizada por la sentencia de primera instancia, en relación a la SAP comentada, no es aplicable, porque en este caso en cuestión sí es de aplicación el Reglamento sucesorio dado que el testador D. Carlos Miguel, nacido en Argelia pero de nacionalidad canadiense y con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), había otorgado testamento en dicha localidad el día 24 enero 2011, antes por tanto de la publicación del citado Reglamento 650/2012, pero había fallecido en Dubái el día 17 agosto de 2017, por tanto con posterioridad a la fecha de su aplicación.

En coherencia con la aplicación del Reglamento sucesorio, la AP se pregunta por la validez de la *professio iuris* del testador, teniendo en cuenta el hecho de que se realiza antes de la entrada en vigor del Reglamento sucesorio. Es decir, en la fecha de otorgamiento del testamento, 24 enero 2011, el Código Civil en sus arts. 9 y 12 no permitía al causante elegir la Ley de su sucesión, y por tanto no era obligatoria la designación de la ley aplicable a testamento. Es por ello, por lo que hay que analizar el contenido de las disposiciones sucesorias partiendo de que dicho testamento no designa directamente la ley canadiense aplicable a la sucesión, por lo que exige una interpretación del testamento para determinar si existe, sin embargo, una elección tácita de la misma, conforme a la disposición transitoria contemplada en el art. 83, ap. 4 del Reglamento Sucesorio, que dispone: “Si una disposición mortis causa se realizara antes del 17 agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión”. Este precepto del Reglamento, en definitiva, preserva la validez de la elección efectuada incluso antes de su entrada en vigor y no solo con arreglo a la ley de los Estados miembros sino también en terceros Estados.

Pues bien, dado que el art. 22.2º regulador de la *professio iuris* permite realizarla conforme la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento o en el momento de su fallecimiento, y el causante testa, sobre la base del Derecho sucesorio canadiense, siendo nacional canadiense, dicha *professio iuris* debe considerarse válida y, consecuentemente, no cabe ningún tipo de reenvío, tal y como recoge el art. 34 del Reglamento sucesorio.

Como señala la Sentencia comentada, la aplicación del Reglamento sucesorio implica un cambio de criterio interpretativo del Tribunal Supremo, dado que, con independencia de la voluntad del testador, como acabamos de ver, el TS admitía el reenvío de primer grado en favor de la aplicación de la Ley española, conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc, si no se producía un fraccionamiento legislativo. La aplicación del Reglamento implica la modificación de la doctrina que no reconocía la autonomía de la voluntad en la designación de la ley aplicable, como viene a aceptarse ahora, de forma inequívoca, en la SAP Málaga 3 mayo 2023.

Por ello, dado que la elección tácita de la ley rectora de la sucesión efectuada en testamento antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012 se considera válida, no puede ser de aplicación la Ley española con respecto al pronunciamiento sobre la preterición, lo que conduce a la revocación

de la sentencia que fundaba el pronunciamiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 814 Cc y no según la ley personal del testador, ley canadiense que permite la preterición de un heredero.

De este modo, la AP señala que “con arreglo al Reglamento citado si se elige una ley extranjera, el contenido del testamento deberá acomodarse a esa ley, siendo válido el acto material de elección realizado por el causante concluyendo que el testador comprendió lo que estaba haciendo al designar su ley personal, sin que conste en las actuaciones que con ello haya fragmentado su sucesión, por lo que tampoco existen datos en la causa que permitan concluir que se haya roto el principio de unidad de la sucesión”.

Estando de acuerdo con la solución final, este pronunciamiento expreso, sobre la posible fragmentación de la sucesión, es innecesario, dado que si se admite la *professio iuris* no cabe el reenvío, en ningún caso; puesto que es uno de los supuestos en los que el art. 34 del Reglamento sucesorio excluye la posibilidad del reenvío: si hay autonomía de la voluntad no cabe el reenvío. En este caso, no por la interpretación de la jurisprudencia del TS sino por la propia letra del precepto.

En definitiva, se quiere seguir conservando la jurisprudencia del TS dentro del nuevo texto europeo, cuando expresamente se señala que en caso de *professio iuris* en favor de la ley nacional del causante no cabe la admisión del reenvío. Y esto es una grave equivocación.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ*

170. EN VIRTUD DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12.2º DEL CÓDIGO CIVIL LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA QUEDA GARANTIZADA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA CON INDEPENDENCIA DE LA *PROFESSIO IURI* (SAP Alicante 6ª 25 septiembre 2023)

Observaciones. En el caso de la Sentencia de la AP de Alicante de 25 septiembre 2023, aunque los hechos son muy parecidos, sin embargo, la solución a la que se llega es completamente distinta por el marco normativo aplicable, dado que no es el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de 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 sucesorio sino los arts. 9.8º y 12.2º Cc, los que determinan la ley aplicable a la sucesión.

A la hora de fijar la Ley aplicable, el Reglamento sucesorio solo rige las sucesiones transfronterizas en el caso de causantes fallecidos el 17 agosto de 2015 o en fecha posterior a ésta (art. 83.1º RES). Tampoco son aplicables las disposiciones transitorias contenidas en el Reglamento sucesorio europeo (art. 84). En este caso existe una presunta elección de ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, si bien resulta que la aplicación del Reglamento a esta hipotética elección de ley sólo procede en el supuesto de personas que han realizado dicha elección antes del 17 agosto de 2015 pero que han fallecido con posterioridad a dicha fecha (art. 83.4º RES). En este caso, el testamento se otorga antes de esa fecha y también antes de esa fecha fallece el causante. Como consecuencia lógica de lo anterior, la determinación de la Ley aplicable a esta sucesión *mortis causa* no debe ni puede realizarse con arreglo al Reglamento sucesorio europeo, sino conforme al art. 9.8º Cc y al art. 12.2º Cc. En otras palabras, puede afirmarse que, *ratione temporis*, este caso entra en el ámbito de aplicación del Derecho internacional privado español y no en el del Derecho internacional privado europeo. Los arts. 9.8º y 12.2º Cc, complementados por la muy conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –anteriormente señalada– sobre ambos preceptos constituyen, pues, el correcto marco normativo de esta litis.

* Catedrática de Derecho internacional privado Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1282-6638.

Por ello, la AP de Alicante admite el reenvío de primer grado en favor del Derecho español, al no producirse un fraccionamiento legislativo, dado que, por un lado, la unidad legal de la sucesión solo se refiere a la “sucesión litigiosa en España”, con independencia de que existan otros testamentos relativos a bienes inmuebles situados en el extranjero y, dado que, por otro lado, la admisión del reenvío no se condiciona a la voluntad del testador de organizar su sucesión conforme a su ley nacional.

En este caso existe igualmente un causante con domicilio en España, que otorga testamento el 26 febrero 2013 conforme a su ley nacional, en este caso, Derecho escocés, ex art. 9.8º Cc, por ser la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (y también de su otorgamiento), y así se hace constar ante el notario autorizante de la escritura de la herencia como por parte de la registradora de la propiedad donde se inscribió el bien inmueble afectado por la herencia, que fallece con anterioridad al 17 agosto de 2015 –momento temporal a partir del cual es de aplicación el Reglamento sucesorio–. Por tanto, en primera instancia se admite el reenvío de primer grado en favor del Derecho español porque no se producía fraccionamiento legislativo, dado que, según la norma de conflicto escocesa, la herencia de los bienes muebles se regía por la ley del último domicilio, y la sucesión del bien inmueble objeto del litigio se encontraba en España; por tanto, la ley aplicable a la sucesión litigiosa era la española. Hay que recordar que la doctrina del TS en materia de reenvío se basa en aceptarlo en aquellos supuestos en los que no se provoque un “fraccionamiento legal de la sucesión”, por considerarse contrario al art. 9.8º Cc. El art. 9.8º Cc. se halla vertebrado por los principios de unidad y universalidad de la sucesión –la Ley que regula la sucesión internacional debe ser una sola, y regula todos los aspectos de la misma–. Si la admisión del reenvío lleva a un fraccionamiento de la sucesión, –que se regularía por varias Leyes–, el reenvío debe rechazarse: STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, STS 21 mayo 1999, *Denney*; STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W*; STS 12 enero 2015; STS 5 diciembre 2018, STS 15 enero 2019 y STS 8 octubre 2019.

La recurrente, en apelación, considera que hay una incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el reenvío a la ley española en materia de sucesión, en virtud de los arts. 9.8 y 12.2º Cc. En concreto se considera que no se tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo dictada en sentencia de 8 octubre 2019, ya señalada en el anterior comentario, en el que todos los bienes integrantes del caudal hereditario eran inmuebles por lo que la aplicación del reenvío en ese supuesto no provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión. Sin embargo, en el supuesto planteado ante la AP de Alicante concurrían bienes muebles e inmuebles, por lo que la parte recurrente consideraba que la admisión del reenvío provocaba un fraccionamiento legislativo, pues la ley sucesoria respecto a los bienes inmuebles sería la ley española, y respecto a los bienes muebles la escocesa, por el lugar del último domicilio del causante.

Ahora bien, hay que dejar claro que la STS de 8 octubre 2019 sí menciona la sucesión de los bienes muebles del caudal hereditario, pero como el causante tenía su último domicilio en España, y la norma de conflicto extranjera remitía a la aplicación de la ley del domicilio del causante, debía aplicarse, tanto a la sucesión inmobiliaria, por el lugar de situación de los bienes inmuebles, como a la sucesión mobiliaria, por el lugar del último domicilio del causante en España, la ley española. En definitiva, no se producía ningún fraccionamiento legislativo.

Pero la AP de Alicante, en consonancia con el TS, va mucho más allá cuando dice que “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 el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble sito en España”. Y añade que “la unidad legal de la sucesión litigiosa 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 misma residía en España donde falleció y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal

hereditario". Esta precisión de la unidad legal de la sucesión referida exclusivamente a la "sucesión litigiosa en España" es de gran relevancia, sobre todo en relación con la sucesión inmobiliaria del causante. Con esta precisión, lo importante para determinar si existe o no un fraccionamiento legislativo no es la existencia en el caudal hereditario de bienes inmuebles situados en varios Estados distintos, sino que los bienes inmuebles, a los que se refiera el objeto del litigio, se encuentren todos situados en el territorio español, dado que se está interpretando la admisión del reenvío de primer grado en favor del Derecho español, ex art. 12.2º Cc, en virtud de la remisión realizada por la norma de conflicto extranjera, a cuyo ordenamiento jurídico remite el art. 9.8º Cc para determinar la ley aplicable, no a la entera sucesión internacional del causante, sino a la sucesión objeto de litigio en España. Todo ello, con independencia de que haya bienes inmuebles situados en el extranjero cuya sucesión se esté tramitando, o pueda llegar a tramitarse, ante una autoridad extranjera, excluyendo el conocimiento de la sucesión de los bienes inmuebles situados en España.

Hay que tener en cuenta que la presente resolución se dicta en un supuesto en el que el causante era de nacionalidad británica y a cuya sucesión, por la fecha de su fallecimiento, no era aplicable el Reglamento de la Unión Europea 650/2012. Por ello, aunque el testamento se otorga conforme al Derecho sucesorio escocés, la autonomía de la voluntad del testador no se impone como límite a la posibilidad que hace el reenvío de la norma de conflicto escocesa a favor del Derecho sucesorio español, dado que en aplicación del art. 9.8º Cc, como se menciona en el anterior comentario de sentencia, no cabe la posibilidad de la *professio iuris*. El único motivo relevante para que no se admitiera el reenvío es el fraccionamiento legislativo, y dado que en este caso no se producía, la AP desestima la demanda y admite el reenvío otorgado en primera instancia, puesto que no se discutía que efectivamente el bien inmueble objeto del litigio se encontraba en España, con independencia de que existieran más bienes inmuebles del caudal hereditario en otros Estados, al no ser objeto de la situación litigiosa en España, al igual que el último domicilio del causante.

Pues como ha señalado la STS 520/2019 de 8 octubre 2019, que su vez recoge textualmente los pronunciamientos de la STS 18/2019 de 15 enero 2019, la tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, defendida por un sector doctrinal con apoyo en modelos de Derecho comparado, no tiene cabida en la interpretación de los arts. 9.8º y 12º CC. A diferencia del Reglamento sucesorio, el art. 9.8º Cc no admite la elección de ley sucesoria ni el art. 12.2º Cc limita la aplicación del reenvío por la existencia de una *professio iuris* válida. El Reglamento sucesorio europeo admite la *professio iuris*, aunque limitada a la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento o de su fallecimiento, conforme al art. 22; y excluye la posibilidad de reenvío, en el supuesto de elección de ley válida a la sucesión internacional, conforme a su art. 34. Por tanto, si la sucesión internacional se encuadra en el ámbito de aplicación de la normativa de producción interna de nuestro Código civil, solo el fraccionamiento legislativo provocaría la no admisión del reenvío en favor del Derecho sucesorio español.

En definitiva, en aras de una mayor seguridad jurídica, cuando se concluye que el reenvío no puede producir un fraccionamiento legislativo, hay que tener en cuenta que no se refiere a que la herencia no pueda disponer de bienes inmuebles situados en distintos países, sino que, respecto a "la situación litigiosa en España", esto es, en relación a los bienes inmuebles respecto a los que se litiga, que es sobre lo que debe pronunciarse el juez, no debe producirse un fraccionamiento legislativo. Si solo se litiga sobre un bien inmueble situado en España, aunque existan otros bienes inmuebles, cuya herencia se encuentra dispuesta en otro testamento distinto, no debe incidir ni afectar a la hora de interpretar si existe o no unidad de ley. Cuestión distinta es si, además, se litiga sobre la herencia de los bienes muebles y la residencia habitual en el momento del fallecimiento o el último domicilio del causante se encuentra en un lugar distinto de España, donde se encuentra situado el bien inmueble objeto

del litigio sucesorio. En este caso, no cabría la admisión del reenvío de primer grado, ex art. 12. Cc, porque se aplicarían varias leyes a la misma “situación litigiosa en España”, y ello lo prohíbe el art. 9.8º Cc.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ*

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

171. ¿LA PROPUESTA DE INVENTARIO CON LA COMUNIDAD UNIVERSAL DE BIENES DEL DERECHO HOLANDÉS DEBE REGIR EN TODA SU EXTENSIÓN O PUEDE SER DE APLICACIÓN LA EXCEPCIONES O MATIZACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE HOLANDA? (SAP Tarragona 1ª 20 julio 2022)

172. NO EXISTE DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL PERUANO PUES EN AMBOS CASOS EL SIGNIFICADO ES EL MISMO, COMO POR EL HECHO DE QUE LA LEY APLICABLE ES LA QUE RESULTA, CONFORME ART. 9.2º Cc (SAP Girona 1ª 6 octubre 2022)

173. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, “COMUNIDAD LEGAL”, AL NO APORTARSE PRUEBA ALGUNA QUE ACREDITE QUE LOS CÓNYUGES NO ESTÉN SUJETOS A DICHO RÉGIMEN (SAP Madrid 22ª 16 enero 2023)

174. QUE EL REGISTRADOR CONOZCA LA LEGISLACIÓN NACIONAL DE LOS COMPRADORES PARA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA, CARECE DE SUSTENTO LEGAL Y PODRÍA AFECTAR NEGATIVAMENTE A LA SEGURIDAD JURÍDICA (SAP Málaga 4ª 20 enero 2023)

175. DESESTIMACIÓN DE UN RECURSO AL EXISTIR DUDAS SOBRE SI EL DERECHO APLICABLE SERÍA UN DERECHO EXTRANJERO EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (SAP Murcia 5ª 28 febrero 2023)

176. VALORACIÓN DE LA PRUEBA SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO EXTRANJERO (SAP Pontevedra 1ª 10 marzo 2023)

177. SOLUCIÓN A UN CONFLICTO INTERTEMPORAL SUSCITADO EN EL DERECHO EXTRANJERO RECLAMADO PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (SAP Barcelona 18ª 22 marzo 2023)

178. SIENDO APLICABLE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 9.2º Cc), Y NO HABIÉNDOSE OTORGADO POR LOS CÓNYUGES CAPITULACIONES MATRIMONIALES, RESULTA DE APLICACIÓN AL MATRIMONIO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (SAP Valencia 10ª 22 marzo 2023)

179. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL QUE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EXTINGUE ES EL DEL PRIMER DOMICILIO COMÚN AL SER AMBOS LITIGANTES DEL DISTINTA NACIONALIDAD Y NO HABERSE EFECTUADO NINGÚN PACTO (SAP Barcelona 12ª 2 junio 2023)

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1282-6638.

RESPONSABILIDAD

180. APLICACIÓN DE LA LEY MARROQUÍ A UN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA ACAECIDO E MARRUECOS (SAP Madrid 20ª 18 noviembre 2022)

181. PROCEDE LA RECLAMACIÓN DE DAÑO MORAL PUES EL DEMANDANTE TUVO QUE REALIZAR NUMEROSAS GESTIONES FRENTE A LA COMPAÑÍA EN EL AEROPUERTO DE ROMA Y DESPUÉS EN EL DE DESTINO FINAL, SIN QUE LA COMPAÑÍA LAS ATENDIERA ESTAS CIRCUNSTANCIAS (SAP Madrid 28ª 3 marzo 2023)

182. ERA OBLIGACIÓN DE LA PARTE ACTORA LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO, LO QUE NO HA LLEVADO A CABO, POR LO QUE RESULTA ACERTADO APLICAR EL DERECHO ESPAÑOL EN UN SUPUESTO DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO E PORTUGAL (SAP Pontevedra 1ª 21 julio 2023)

183. QUE LAS CONSECUENCIAS DAÑOSAS DEL ACCIDENTE DE TRÁFICO SE REPERCUTAN Y PRESENTEN DE MODO PRINCIPAL EN ESPAÑA NO ENTRA EN EL SUPUESTO DE LA EXCEPCIÓN DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II (SAP Pontevedra 3ª 14 septiembre 2023)

RESPONSABILIDAD PARENTAL

184. FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO TRAS EL BREXIT DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS (AAP Bizkaia 4ª 1 febrero 2022)

Observaciones: 1. La Audiencia Provincial de Bizkaia resuelve, con acierto, un asunto sobre la falta de competencia los Juzgados y Tribunales españoles en un caso de petición de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas, sobre los dos hijos de la pareja, establecidas en una decisión sobre el divorcio de mutuo acuerdo adoptada en enero de 2014, decisión confirmada en febrero de 2016 por la propia Audiencia.

2. En la demanda, el progenitor, solicita un régimen de visitas para el tiempo que continúe en prisión. Hay que advertir, como elemento importante, que en la decisión de divorcio se concede a la progenitora la patria potestad en exclusiva de los dos menores, por lo tanto, tiene el derecho a decidir el lugar de residencia de ambos. La madre, junto con los dos hijos, se trasladaron a vivir a Gran Bretaña, siendo lícito el cambio de domicilio de los menores efectuado por la progenitora como titular en exclusiva de la patria potestad.

3. Se discute la competencia de los Tribunales españoles a la hora de modificar las medidas adoptadas en relación al régimen de visitas. Para la determinación de la competencia judicial internacional resulta aplicable el régimen del Reglamento 2201/2003, aunque la Audiencia no se refiere en ningún momento, a lo largo de su decisión, a los motivos jurídicos sobre los que, tras el Brexit, continúa operando el referido texto de la Unión Europea.

Así, conforme al Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los instrumentos de la Unión Europea en materia de cooperación judicial civil seguirían siendo aplicables hasta el 1 de enero del 2021. En particular, la continuidad de la operatividad los referidos instrumentos queda prevista en los arts. 66 al 69 y, en concreto, en el caso del Reglamento 2201/2003 en el art. 67. Por tanto, a pesar de que Gran Bretaña notificó su salida de la Unión Europea en el año 2017, este asunto al haber sido incoado antes de finalizar el periodo transitorio, queda sujeto a las previsiones en materia de competencia judicial del citado Reglamento [(art. 67.1º.c)].

4. El Reglamento 2201/2003 determina la competencia general de las autoridades del lugar de la residencia habitual del menor (art. 8) estableciendo, para el supuesto de los derechos de visita, la conservación de la misma por las autoridades de la anterior residencia habitual durante el periodo de los tres meses siguientes al cambio legal del lugar de residencia de un Estado miembro a otro para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes que el menor hubiera cambiado de residencia (art. 9.1º). Pues bien, en este caso, en Primera Instancia, se declara la falta de competencia judicial internacional de las autoridades españolas por corresponder el conocimiento del asunto a las autoridades británicas, decisión recurrida en apelación. Frente al recurso se interpone, por la representante de la progenitora, declinatoria por falta de jurisdicción de las autoridades españolas.

5. Son dos los aspectos más controvertidos de la decisión: de un lado, fijar el Estado dónde los menores tienen su residencia habitual; de otro lado, determinar el momento a partir del cual se establece el cambio, si es que lo hay, de residencia habitual.

Es de sobra conocida la dificultad que conlleva la identificación del criterio residencia habitual. Su determinación es una cuestión sujeta a las pruebas que las partes presentan y a través de las cuales se trata de acreditar su existencia. De un lado, el progenitor alega un poder notarial en el que se fija como lugar de residencia un domicilio en Bizkaia, ahora bien el poder notarial tiene fecha de 27 febrero 2015 (anterior a la fecha de la decisión de Audiencia Provincial sobre el divorcio que es de 2016); de otro lado, la progenitora presenta un documento en el que consta una licencia indefinida de residencia como migrante en Reino Unido desde el 28 noviembre 2019. Y aunque el progenitor sostiene la falta de formalidad, así como la ausencia de datos de residencia en Gran Bretaña, el Tribunal español entiende que no hay prueba que los desmienta ni caben las exigencias pretendidas.

6. La demandada es emplazada en Londres el 31 de mayo del 2021, tras las averiguaciones realizadas por el juzgado con la colaboración de la Embajada española en Londres, quien comunica a la autoridad judicial española el domicilio de la progenitora en Gran Bretaña. Conforme a los datos no parece discutible que en este caso se haya producido una modificación lícita del domicilio de los menores y, tras un año y seis meses residiendo en Gran Bretaña la competencia judicial internacional para conocer del asunto la ostentan las autoridades británicas, perdiendo las autoridades españolas la competencia judicial internacional para resolver sobre el asunto planteado –modificación del régimen de visitas–, competencia que habrían conservado hasta el mes de febrero del año 2020.

¿Qué hubiera sucedido si el procedimiento se hubiera incoado tras la finalización del periodo transitorio fijado por el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica al que nos hemos referido en el ap. 3º? En este caso el Reglamento 2001/2003 no hubiera sido aplicable, y si lo hubiera sido el Convenio de La Haya de 1996, texto conforme al cual el asunto habría sido resuelto. El citado texto convencional otorga la competencia general igualmente a las autoridades de la residencia habitual de los menores, descartando la *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5.2º); en consecuencia hubieran sido competentes, como en el supuesto planteado, las autoridades británicas. Además el Convenio no prevé un precepto semejante al del mantenimiento de la competencia del Estado parte de la anterior residencia habitual de los menores, prevista en el art. 9 Reglamento 2201/2003.

7. Para finalizar la Audiencia Provincial de Bizkaia, frente a las alegaciones presentadas por la representación del demandante con el fin de defender la competencia de la autoridad española, aclara, como no puede ser de otro forma, que el art. 769.1º LEC es una norma de competencia judicial territorial de los juzgados y tribunales españoles para los supuestos matrimoniales y de menores, y que esta norma es aplicable una vez se haya fijado la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; circunstancia que conforme al instrumento

aplicable, el Reglamento 2201/2003, no se produce. Por tanto, el precepto citado de la LEC es una norma de competencia interna y no una norma de competencia judicial internacional.

8. La Audiencia, antes de desestimar el recurso, insiste en que no se trata de un supuesto de sustracción internacional de menores (por tanto, no entendemos que de un lado afirme la aplicación del art. 10 Reglamento 2201/2003, norma prevista para casos de sustracción de menores, para después sostener que no consta sea el caso). En efecto, es un supuesto de reubicación de los dos menores a Gran Bretaña llevada a cabo por la progenitora que es titular en exclusiva de la patria potestad y, por tanto, con el derecho a decidir el lugar de residencia de los mismos

Mónica HERRANZ BALLESTEROS*

185. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE EN ORDEN A MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DISCUTIDAS POR CÓNYUGES DE NACIONALIDAD MARROQUÍ (SAP Madrid 24ª 30 junio 2022)

SOCIEDADES

186. LAS MEDIDAS CAUTELARES CARECEN DE CARÁCTER INSTRUMENTAL AL REFERIRSE A UNA SOCIEDAD DOMICILIADA EN LA ISLA DE MAN Y CONSTITUIDA CONFORME A SU DERECHO, DONDE SE DECIDIRÁ COMO DEBE OPERAR LA TRANSMISIÓN (AAP Palma de Mallorca 5ª 22 diciembre 2022)

Observaciones: En el presente caso la Audiencia Provincial de Mallorca en el Auto de 22 de diciembre 2022 recuso nº 902/2022, estima parcialmente el recurso de apelación contra el auto de denegación de medidas cautelares de fecha 24 agosto de 2022 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Palma, en el procedimiento MCP 1134/22 seguido ante el mismo. La parte apelante había solicitado la adopción de medidas cautelares con carácter preventivo en relación con un procedimiento seguido ante los Tribunales de la Isla de Man (procedimiento 21/0028). Se pedía al órgano jurisdiccional español que ordene a Treehouse Isla de Man que transmita el 100% de las acciones de Treehouse España a favor del demandante o a quien éste indique y que le transfiera, asimismo, el título de propiedad de un inmueble situado en Palma de Mallorca, así como prohibir que se realice cualquier acción que pueda reducir su valor. La Audiencia Provincial de Mallorca distingue las peticiones. Por un lado, en cuanto a la transmisión de las acciones de Treehouse España, considera que esta cuestión se ha de resolver de acuerdo con el Derecho del Estado en el que se ha constituido la sociedad. En este sentido, las medidas cautelares solicitadas al órgano jurisdiccional español, si se concedieran, no tendrían efecto alguno, dado que la posible transmisión de los valores queda regulada por la ley inglesa. El Auto no proporcionan más datos sobre Treehouse Properties S.L. que permitirían valorar si la sociedad es inglesa o española para poder determinar qué ley regulará la transmisión de las acciones. Esta cuestión es importante, dado que su respuesta influiría sobre la adopción o no de las medidas cautelares por el tribunal español. La determinación de la *lex societatis* en un contexto europeo, es decir si la sociedad estuviera constituida en un Estado miembro de la Unión Europea, no plantearía problemas. La libertad de establecimiento prevista en los art. 49 y 54 TFUE obliga a las autoridades nacionales de los Estados miembros a reconocer las sociedades constituidas en el resto de los Estados de la UE. No obstante, desde el 2021 Reino Unido ya no es EM de la UE, lo que implica que las sociedades constituidas en el RU y que desarrollan sus actividades en el mercado interior se

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Este comentario se ha realizado en el marco del 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.

consideran sociedades de terceros países y, por lo tanto, el principio de libertad de establecimiento y la correspondiente jurisprudencia del TJUE en esta materia (*Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems, Cartesio, National Grid Indus. BV, Vale, Polbud*) no se les aplica. De modo que, el reconocimiento de estas compañías y de sus sucursales se ha de hacer de acuerdo con las normas internas de derecho internacional privado. RU aplica la teoría de la constitución lo que significa que para las autoridades británicas Treehouse Isla de Man es una sociedad inglesa, puesto que está constituida y registrada en la Isla de Man. España, por otro lado, aplica la teoría de la sede, lo que significa que para las autoridades españolas, si la sociedad tiene en España su centro de actividad principal, de acuerdo con el art. 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital, se considerará sociedad española y la transmisión de las acciones de Treehouse Isla de Man a Treehouse España se habrá que hacer según las normas españolas. En este caso, la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el apelante tendrían sentido. La cuestión, sin embargo, no ha sido tratada por la AP que directamente deniega la adopción de medidas cautelares por considerar que la sociedad es inglesa por estar constituida en la Isla de Man y, por lo tanto, la transmisión de las acciones queda subordinada a las disposiciones inglesa. La segunda petición hace referencia a la transmisión de un inmueble propiedad de Treehouse situado en Palma de Mallorca. Esta misma cuestión se ha planteado asimismo ante Tribunal Superior de justicia de la Isla de Man. La AP de Mallorca correctamente sostiene que en este caso los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia exclusiva, dado que el objeto de la petición son derechos reales sobre una finca situada en España. El error que comete, no obstante, es que argumenta la competencia judicial internacional en el art. 22 LOPJ al mismo tiempo que al art. 24 RBlbis cuando las normas del Derecho internacional privado autónomo tienen una aplicación subsidiaria en relación con las europeas. Es decir, el art. 22 LOPJ se aplicaría sólo si no se pueden aplicar las disposiciones del Reglamento 1215/2012. La transmisión de la propiedad del inmueble en cuestión está comprendida en el ámbito de aplicación de la regla de competencia establecida en el art. 24, punto 1, del Reglamento n.º 1215/2012 (SSTJ de 16 de noviembre 2016, as. C-417/15, *Schmidt*, EU:C:2016:881; de 10 de julio 2019, as. C-722/17, *Reitbauer y otros*, EU:C:2019:577; de 11 de noviembre 2020, as. C-433/19, *Ellmes Property*, EU:C:2020:900). Por lo tanto, concluye correctamente la Audiencia provincial que en cuanto a la transmisión de la titularidad del inmueble de Mallorca Tribunal Superior de justicia de la Isla da Man no tiene competencia judicial internacional la cual pertenece a los órganos judiciales españoles.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

187. EL CONTRATO DE SEGURO ASEGURABA LA RESPONSABILIDAD CIVIL NO SÓLO DE LA EMPRESA MATRIZ CON DOMICILIO SOCIAL EN ALEMANIA, SINO TAMBIÉN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES FILIALES CON DOMICILIO EN VARIOS PAÍSES (SAP Madrid 13ª 26 enero 2023)

SUCESIONES

188. DEL ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRUEBA SE PUEDE CONCLUIR QUE EL CAUSANTE AL TIEMPO DE SU FALLECIMIENTO TENÍA SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA, CON VOCACIÓN DE PERMANENCIA EN NUESTRO PAÍS (SAP Alicante 6ª 18 noviembre 2022)

Obs: En el presente caso se conoce de la sucesión de un causante con nacionalidad danesa cuyo fallecimiento tuvo lugar en agosto de 2009, por lo que no es aplicable el Reglamento de Sucesiones, sino el art. 9.8º Cc. En la determinación de la ley aplicable a la sucesión se activa el mecanismo de reenvío de retorno habilitado por el art. 12.2º Cc, al prever el Derecho

* Profesora Lectora de Derecho internacional privado.. Universidad de Barcelona.

internacional privado danés la aplicación al conjunto de la sucesión de la ley material del país del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. La parte recurrente alega que para la legislación danesa el concepto de domicilio a efectos de determinación de la ley sucesoria implica aquel lugar en el que la persona tiene su hogar y su residencia con la intención de permanecer en el país. Del análisis del conjunto de la prueba aportada, la AP llega a la conclusión de que el causante tenía su residencia habitual en España con vocación de permanencia en el momento de su fallecimiento. Se destaca el señalamiento de domicilio en España en varios actos de disposición tanto *inter vivos*, como mortis causa realizados por el causante, la tenencia de NIE e inscripción en el Registro Central de Extranjeros como residente comunitario en España, la solicitud por le causante a la Agencia Tributaria de certificado de su condición de residente fiscal y una prueba testifical. Se determina la aplicación de la ley española, si bien se da por hecho que es directamente aplicable el Cc español, sin hacerse referencia alguna al fenómeno plurilegislativo (I.R.-U.S.).

189. EN ATENCIÓN A LA NACIONALIDAD DE LA TESTADORA AL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO Y A LA LEY APLICABLE, DEBE ESTARSE A LA VALIDEZ DEL ÚLTIMO DE LOS DOS TESTAMENTOS, ESTO ES AL OTORGADO EN ITALIA (SAP Tenerife 3ª 21 diciembre 2022)

TRANSPORTE

190. SIENDO LA LEY ESPAÑOLA LA LEY APLICABLE AL SUPUESTO, EN VIRTUD DE LO PACTADO ENTE LAS PARTES LA FASE DEL TRANSPORTE EN EL QUE OCURRIERON LOS DAÑOS SE RIGE POR LA LEY 15/2009, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS (SAP Bilbao 4ª 5 mayo 2022)

191. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA DEMANDA, DEBIENDO OPTAR LA DEMANDANTE POR ALGUNO DE LOS FUEROS ESTABLECIDOS EN EL ART. 33.1º DEL CONVENIO DE MONTREAL (ATS Civ 1ª 21 junio 2022)

192. LA ACCIÓN EJERCITADA LO HA SIDO CON FUNDAMENTO EN EL CONVENIO CMR QUE CONCEDE OPCIÓN AL DEMANDANTE PARA ELEGIR ENTRE VARIOS FUEROS, Y ENTRE ELLOS SE ENCUENTRA EL DEL ESTADO DE DESTINO DE LAS MERCANCÍAS, QUE ES ESPAÑA (SAP Barcelona 15ª 13 julio 2022)

193. LA CARTA DE PORTE CMR, NO CONSTITUYE UNA VALORACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO POR LAS MERCANCÍAS, SINO TAN SÓLO LA CONSTATACIÓN DE QUE ESTAS ESTABAN DAÑADAS (SAP Lugo 1ª 10 septiembre 2022)

194. SOBRE LA LEY APLICABLE, CABE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL CARGADOR EN BASE A LA NORMATIVA NACIONAL (SAP Lleida 2ª 26 octubre 2022)

195. SI LA DEMANDANTE RECIBIÓ EL EQUIPAJE Y COMPROBÓ TANTO LA DESAPARICIÓN DE EFECTOS COMO LA PRODUCCIÓN DE LOS DAÑOS EL DÍA 11 SEPTIEMBRE 2016 Y REGRESÓ A ESPAÑA AL DÍA SIGUIENTE, 12 SEPTIEMBRE 2016, EL PLAZO DE CADUCIDAD DE DOS AÑOS COMENZÓ A CORRER EN ESTA ÚLTIMA FECHA (SAP Pontevedra 1ª 25 enero 2023)

196. EN UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA, LA CONSECUENCIA DE LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO NO ES LA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA SINO LA APLICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL (SAP Toledo 1ª 24 julio 2023).

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 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. Tradicionalmente, y así lo refleja el título de la sección, en la presentación de la sección se subrayaban “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”, tal como se apuntaba en la Crónica del año pasado. Es decir, se ponía el acento en el encaje de la legislación estatal con la plurilegislación. No se va a romper esta perspectiva. No obstante, como elemento de reflexión, y con el acopio de las reseñas jurisprudenciales que los coordinadores hemos llevado a cabo en el transcurso de estos casi quince años, no puede dejar de observarse que el impacto y transcendencia de la plurilegislación en materia civil sobre otros ámbitos del ordenamiento, tanto del Derecho privado –como el Derecho mercantil o el Derecho internacional privado– como en determinados sectores del Derecho público –como el Derecho tributario o el Derecho de la Seguridad Social, ámbitos en los que derechos y obligaciones de naturaleza pública encuentran su origen en relaciones jurídicas de naturaleza privada–, evidencia que nos encontramos ante un elemento estructural del ordenamiento español. En efecto, no es tanto que la pluralidad normativa en materia civil deba articularse con la legislación estatal, sino que dicha pluralidad es parte fundamental e inherente del ordenamiento. En efecto, la pluralidad normativa vertebró el Derecho civil con fundamento en un vector constitucional, pero determina además la construcción y configuración del ordenamiento español, genéricamente considerado, esto es, sin limitarse a aquellos ámbitos en los que se da una coexistencia de distintos Derechos civiles. El impacto de la pluralidad prevista en el art. 149.1.8ª CE no se reduce al Derecho civil, sino que se expande sobre todo el sistema.

2. Muestra de esta pluralidad estructural y, podríamos decir que también orgánica, son las sentencias que este año tenemos ocasión de reseñar. En primer lugar, haremos referencia a una serie de sentencias dictadas por el TC cuyo objeto consiste en la determinación de la constitucionalidad de distintas normas adoptadas por la *Generalitat de Catalunya* en materia de arrendamiento, tanto de vivienda como de locales de negocio, bajo los criterios establecidos en aplicación del art. 149.1.6 y 149.1.8 CE. En segundo lugar, atenderemos a aquellas sentencias que, sea en el ámbito del Derecho tributario, sea en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, deben tener presente la pluralidad normativa existente en el ámbito civil. Así, en relación al Derecho tributario se va a recordar la incidencia que tiene la vecindad civil, como criterio para determinar la ley aplicable a la sucesión o la donación en Derecho interterritorial, sobre el impuesto de sucesiones y donaciones. Igualmente relevante es la determinación del régimen económico para fijar la liquidación del IRPF. Mientras que, en relación al Derecho de la Seguridad Social, nos encontramos con un supuesto ya clásico que todavía pervive en esta sección (así como en la sección de Uniones no matrimoniales elaborada por R. Arenas) como es el de la pensión de viudedad a percibir por personas que habrían convivido en unión extramarital. En tercer lugar, un apunte sobre la interacción entre Derecho interterritorial y Derecho privado. Por una parte, la relación entre la pluralidad civil y el Derecho mercantil o, mejor dicho, entre el Derecho mercantil y la determinación del Derecho común en un contexto de pluralidad normativa. Por otra parte, la relación entre la pluralidad civil y el Derecho internacional privado. Nos referimos, como no podía ser de otra manera, a la remisión a un sistema plurilegislativo. Y, en cuarto y último lugar,

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

dos cuestiones menores, pero no por ello meramente anecdóticas. Se trata de dos cuestiones ya señaladas en la Crónica del año pasado. Por una parte, la relevancia penal que puede tener la adquisición de la vecindad civil. Por otra parte, la confusión existente entre la vecindad civil y la vecindad administrativa.

3. El TC se ha pronunciado este año en cinco sentencias distintas (SSTC 28/2022, 24 febrero, *RTC\2022\28*; 37/2022, 10 marzo, *RTC\2022\37*; 57/2022 7 abril, *RTC\2022\57*; 118/2022, 29 septiembre, *RTC\2022\118*, y 150/2022, 29 noviembre, *RTC\2022\150*) para declarar la inconstitucionalidad de distintas normas relacionadas con la regulación catalana del contrato de arrendamiento contenida en el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 37/2020, 3 noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19, en la Ley de Cataluña 11/2020, 18 septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda, en el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, 9 diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler y en el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, 20 octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados. En lo que aquí interesa, que es simplemente dar cuenta de los límites que constitucionalmente se establecen al alcance de la pluralidad civil, cabe apuntar dos consideraciones que se pueden predicar respecto del conjunto de las sentencias anteriormente citadas. Primera, en la medida en que la norma comporta una contención y moderación de las rentas de alquiler y determina una fijación de las rentas del arrendamiento, el TC señala que es una norma que regula el contrato de arrendamiento, concebido como instrumento de naturaleza jurídico-privada, de “naturaleza netamente civil” dado que comprende “la regulación de las relaciones *inter privados*” y, en particular, en este caso, la “determinación del contenido de los contratos”. Luego, el título competencial bajo el que debe examinarse el recurso es el art. 149.1.8ª CE puesto que la norma objeto de recurso “se inserta de forma natural en la materia de Derecho civil y, dentro de la misma, en el ámbito de las obligaciones y contratos”. Si bien se establece la competencia autonómica en materia de Derecho civil para la “conservación, modificación o desarrollo del derecho civil especial o foral”, el precepto constitucional se erige como límite, entre otros, la regulación de las bases de las obligaciones contractuales –ámbito sobre el que el legislador estatal tiene competencia exclusiva– que constituyen, al decir del TC, “una garantía estructural del mercado único y supone[n] un límite en sí —un límite directo desde la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos”. Se entiende por “las bases” el “núcleo esencial de la estructura de los contratos y “los principios que deben informar su regulación” y entre estos principios está el de la autonomía de la voluntad, plasmado en el art. 1255 Cc, en proyección del art. 10.1º CE y del art. 38 CE. Por lo tanto, el principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos, expresión de la autonomía de la voluntad, ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales. No obstante, creo que el argumento sobre el que realmente pivota este límite es el de la unidad de mercado más que el de las bases de las obligaciones contractuales como título competencial exclusivo del legislador estatal. En efecto, al establecer el régimen de un contrato, forma parte de la actividad del legislador –sea el estatal, sea el autonómico– no solo partir de la autonomía de las partes y adoptar un régimen supletorio aplicable en defecto de pacto, sino también fijar límites al comportamiento de las partes y a los pactos que puedan alcanzar, y, precisamente por ello, cuando el que legisla es un legislador autonómico, no se considera que se está invadiendo una competencia estatal. Sustraer esta capacidad con carácter general al legislador autonómico y permitir que éste determine únicamente el régimen contractual subsidiario, afectaría a la coherencia de la regulación autonómica y vaciaría de contenido y funcionalidad a la competencia autonómica. Ahora bien, cuando esta norma imperativa altera la libre estipulación de la renta como elemento estructural del contrato se produce “una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al

sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado”. Por eso el Estado puede establecer excepciones o modulaciones a ese principio, por más estructural que pueda ser la autonomía de la voluntad para fijar límites a la competencia de los legisladores autonómicos. La segunda consideración viene referida al art. 149.1.6ª CE que admite que los legisladores autonómicos con competencia en materia civil puedan adoptar normas procesales derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo. En este sentido, dado que no se admite la competencia para regular las rendas de alquiler al legislador catalán, ya no concurre la primera de las tres exigencias que deben cumplirse para admitir el ejercicio de esta competencia excepcional, esto es, que se identifique el Derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades, pero este derecho es reputado inconstitucional. Pero aun en el caso de que tal Derecho sustantivo no tuviera una tacha de inconstitucionalidad, las normas procesales autonómicas tienen carácter excepcional y cabe imponer otras dos exigencias, primero, “señalar respecto de qué legislación procesal estatal (...) se predicen las eventuales especialidades incorporadas por el legislador autonómico” y, segundo, demostrar que existe una conexión directa entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico que justifique las especialidades procesales.

4. Así, examinada una jurisprudencia constitucional que resulta imprescindible para dibujar los límites de la pluralidad, abordaremos, en segundo lugar, aquellas sentencias que ponen de manifiesto la afectación del carácter plural de la legislación civil en el ámbito del Derecho público. Entrando primero a examinar aquellas que están en relación con el Derecho tributario, la tributación del impuesto de donaciones puede depender de la ley aplicable a dicha liberalidad. Por ello, tiene tanta trascendencia determinar la vecindad civil para establecer qué ley debe aplicarse con el fin de calificar si la liberalidad forma parte de la regulación sucesoria o no. Este fue el objeto litigioso que se ventiló en la STSJ Galicia CA 4ª 29 noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2022:8149) a efectos de determinar la vecindad civil del causante, nacido en Sarria (Lugo), pero con domicilio habitual en Madrid, quien donó de presente un inmueble situado en Galicia. La cuestión que estaba en juego era si se trataba de una donación, puesto que el fallecido había adquirido la vecindad civil común por residencia continuada e ininterrumpida y la donación quedaba regida por la ley del donante conforme al art. 10.7º Cc –aunque la cuestión conflictual no aparece en la resolución–, o, si, manteniendo todavía la vecindad civil gallega se trataba de una aportación a los efectos de la ley 2/2006, 14 junio, de Derecho civil de Galicia cuya regulación relativa a la aparcería sería aplicable. Si era una donación, debía tributarse como tal concepto, mientras que si era una aportación se habría disfrutado de las deducciones previstas para la aparcería en el Decreto Legislativo 1/2011, 28 julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado. El TSJ Galicia acaba descartando que el fallecido hubiera adquirido la vecindad civil común, al no quedar demostrado por la Administración que el transmitente permaneció en territorio de derecho común durante más 10 años y de forma continuada sin declaración en contrario. Y, aun en el caso de duda, el tribunal cita el art. 14.6º Cc, conforme al cual “En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. Otra sentencia que merece la pena considerar es la SAN CA 2ª 2 marzo 2022 (ECLI:ES:AN:2022:842) donde se plantea la dificultad de establecer el criterio para determinar la competencia territorial de la Administración autonómica ante la que se debe liquidar el impuesto de sucesiones cuando el causante era extranjero, había fallecido en el extranjero, no residía en España y tenía, en cambio, bienes en territorio español. El criterio general previsto en la LIS es el de atribuir la competencia territorial a la Comunidad Autónoma en la que el causante hubiere residido un mayor número de días durante los últimos 5 años inmediatamente anteriores a la muerte. No obstante, tal criterio no puede ser aplicado y debe recurrirse a una alternativa sin que pueda utilizarse ni la vecindad civil, dado que los ciudadanos extranjeros no la tienen, ni el lugar de defunción. Ante esta carencia, la AN opta por confirmar la validez del criterio del lugar de situación de los bienes en España, en la CA que corresponda según el caso (en el supuesto, los bienes radicados en España estaban

todos situados en Cataluña). Por consiguiente, la liquidación se efectuará en esta CA que determinará la cantidad a devolver, la cantidad exenta como las bonificaciones o reducciones, sin que ello suponga discriminación alguna frente a todos aquellos que tributan en esa CA por haber residido en ella el mayor número de días durante los últimos 5 años inmediatamente anteriores a la muerte (a diferencia de lo que pasaba en la situación anterior que dio pie la STJUE 3 septiembre 2014, C-127/12). Por otra parte, siguiendo en el ámbito tributario, aunque con referencia al IRPF, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 17 marzo 2022 (ECLI:ES:AN:2022:1543) acaba aplicando el régimen de gananciales previsto en el Cc respecto de la cantidad depositada en una cuenta bancaria. Se alega que no corresponde aplicar el régimen de gananciales contemplado en el Cc puesto que al celebrar el matrimonio ambos contrayentes poseían la nacionalidad italiana, por cuyo motivo correspondía aplicar la ley italiana. La AN tiene presente el art. 9.2 Cc, pero, a falta de acreditación del Derecho extranjero y deduciendo que existía una comunidad de bienes de conformidad con la ley italiana, aplica el Cc sin justificar por qué aplica ese Derecho español y no otro, cuando podía haber acudido al criterio de proximidad dado que ambos cónyuges residían en territorio de Derecho común. Por ello, debe señalarse que la falta de acreditación del Derecho extranjero lleva, según la corriente jurisprudencial mayoritaria, a la aplicación sustitutiva del Derecho español, pero eso no significa que deba de aplicarse el Código civil detrimento del resto de Derechos civiles coexistentes en España. Es cierto, sin embargo, que el legislador estatal no ha previsto esta determinación ulterior. A pesar de ello, como es sabido y referido con frecuencia en esta Crónica, los tribunales tienden a aplicar el Derecho civil español del territorio en el que tienen su sede.

5. Siguiendo con las sentencias de Derecho público en las que se proyecta el carácter plural de la legislación civil en el ámbito del Derecho público citaremos el ATS 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:8816A) y la sentencia del TSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº 4027/2022 6 julio (ECLI:ES:TSJCAT:2022:6434). Ambas tienen que ver con la acreditación de la constitución de pareja de hecho a los efectos de percibir la pensión de viudedad y con las dificultades que genera el Derecho civil catalán, al prever la constitución de la unión estable de pareja por la mera convivencia (2 años), con respecto al requisito de constitución formal exigido en el art. 221.2 ºGSS para poder percibir la pensión de viudedad. En esta Crónica se ha ido informando cumplidamente del encaje de la regulación estatal con la plurilegislación civil.

6. Merecer la pena, como indicábamos, prestar atención a la interacción entre Derecho interterritorial y Derecho privado. Por una parte, como se ha puesto de manifiesto en anteriores números del AEDIPr, distintos tribunales se han pronunciado respecto a qué Derecho común debe aplicarse como Derecho general supletorio del Derecho mercantil. Se apunta en la jurisprudencia que la determinación del Derecho común se lleva a cabo en un contexto de pluralidad normativa. En este sentido las siguientes sentencias, SAP Navarra 3ª nº 167/2022, 16 marzo (ECLI:ES:APNA:2022:270), SAP Navarra 3ª nº 238/2022, 20 abril (ECLI:ES:APNA:2022:629), SAP Navarra 3ª nº 268/2022, 28 abril (ECLI:ES:APNA:2022:398), SAP Navarra 3ª nº 391/2022 6 junio (ECLI:ES:APNA:2022:491), SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio (ECLI:ES:APNA:2022:582), SAP Navarra 3ª nº 515/2022 5 julio (ECLI:ES:APNA:2022:861), SAP Navarra 3ª nº 586/2022, 1 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:917), SAP Navarra 3ª nº 608/2022 7 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:1472), SAP Navarra 3ª nº 642/2022, 21 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:1474), SAP Navarra 3ª nº 664/2022, 27 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:1475) mantienen que, aun calificando el carácter mercantil del contrato de préstamo bancario, la remisión al “Derecho común” que efectúa el art. 943 Ccom a las disposiciones de derecho común en caso de inexistencia de previsión específica en el propio Código de Comercio se hace “no solo al general del Código Civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio”. Por consiguiente, se aplica el plazo de prescripción previsto en la Ley 39 del FNN a una acción personal de restitución de cantidades en virtud del art. 10.5º Cc por remisión del art. 16 Cc, excepto en la SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio (ECLI:

ES:APNA:2022:582), en la que se aplica el plazo de prescripción previsto en el Cc dado que, a falta de sumisión expresa, el contrato se suscribió en Madrid entre partes domiciliadas en esa ciudad. La conexión empleada para determinar la aplicación del Derecho foral navarro es el lugar de suscripción del contrato, si bien en la SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio (ECLI:ES:APNA:2022:582) y en la SAP Navarra 3ª nº 642/2022, 21 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:1474), se señala que concurre además el hecho de que las partes contratantes estaban domiciliadas en Navarra. No obstante, en ninguna de las sentencias referidas se menciona el hecho de que el inmueble estaba situado en Navarra, criterio suficiente como para determinar la aplicación del Derecho navarro en virtud del art. 10.5 II Cc puesto que se trataba en todos los supuestos de contratos relativos a bienes inmuebles.

7. Para terminar, una breve miscelánea, anecdótica si se quiere, aunque también como muestra de un síntoma. En la primera de las sentencias, vuelve a aparecer, para sorpresa de este cronista, algo que ya se observó el año pasado, la relevancia penal que puede tener la adquisición de la vecindad civil, lo que pone de relieve la importancia que puede tener en ocasiones la vecindad civil. Se trataba de una denuncia contra el Juez encargado del Registro civil y del Secretario del Registro Civil por lo que se refiere a las notas marginales extendidas en la inscripción de nacimiento de la madre del apelante, fallecida en el año 2020. El AAP Huesca 1ª nº 277/2022, 14 octubre (ECLI:ES:APHU:2022:317A) no aprecia un delito de falsedad, aunque bien es cierto que hubo un error de transcripción en la anotación al margen de la inscripción de nacimiento que fue convenientemente corregido con una segunda anotación marginal con el fin de que constara que la difunta no adquirió la vecindad civil catalana, como constó inicialmente, sino que formuló declaración en contrario de adquisición de vecindad civil catalana por residencia continuada durante 10 años, conservando la vecindad civil aragonesa. Así, lo que pudo ser un fallo inadvertido inicialmente podía tener implicaciones penales y es buena prueba de la transcendencia que tenía la posesión de una u otra vecindad por la reacción generada. Por otra parte, aun con la importancia que puede llegar a tener la vecindad civil, sorprende también que todavía perdure la confusión existente entre la vecindad civil y la vecindad administrativa. Un mal uso de la noción “vecindad civil” se detecta también en la SAP Barcelona nº 319/2022, 13 mayo (ECLI:ES:APB:2022:4922), donde se declara la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento. Se trataba de un matrimonio de conveniencia que constituyó una unión estable de pareja ante notario en Cataluña justo antes de contraer matrimonio.

Lo relevante en esta crónica es que el recurrente, ciudadano marroquí, como la contrayente, provenía aparentemente de la República Checa y justo después de establecerse en España y empadronarse en Terrassa declara ante notario que posee la vecindad civil catalana. Lo sorprendente es que esta declaración conste sin que se hubiera efectuado ninguna comprobación por parte del notario. Por último, las SSTSJ Madrid nº 112/2022, 3 febrero (ECLI:ES:TSJM:2022:1740) y nº 334/2022, 21 marzo (ECLI:ES:TSJM:2022:3728) muestran que la distinción entre vecindad civil y vecindad administrativa no está todavía completamente asumida. La primera así lo pone de manifiesto al recordar que la vecindad civil no es una expresión que se refiera a la residencia administrativa con el fin de obtener una indemnización al amparo de la Ley 5/2018, 17 octubre, para la Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo ya que ésta debe entroncarse con el acto administrativo de empadronamiento. Mientras que en la segunda el tribunal, pese a la claridad con la que están redactadas las bases reguladoras de la Orden 2072/2017, 10 julio, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, por la que se aprueban las bases reguladoras que han de regir las convocatorias de concesión de subvenciones destinadas a asociaciones, centros y entidades sin ánimo de lucro, para la atención y apoyo a la emigración, utiliza la expresión “vecindad civil” en lugar de “vecindad administrativa” para valorar si la subvención en cuestión fue correctamente adjudicada y si corresponde el reintegro de la misma.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. STC 28/2022, 24 febrero. Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez. Fuente: Aranzadi *RTC\2022\28* ECLI:ES:TC:2022:28.

LEGISLACIÓN PROCESAL Y VIVIENDA: VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN PROCESAL POR PARTE DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*.

2. STC 37/2022, 10 marzo. Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez. Fuente: Aranzadi *RTC\2022\37* ECLI:ES:TC:2022:37.

LEY DE CONTENCIÓN DE RENTAS EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*: VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL.

3. STC 57/2022 7 abril. Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez, *RTC\2022\57* ECLI:ES:TC:2022:57.

LEY DE CONTENCIÓN DE RENTAS EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*: VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL. NORMA AUTONÓMICA QUE INVADIRÍA LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

4. STC 118/2022, 29 septiembre. Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez. Fuente: Aranzadi *RTC\2022\118* ECLI:ES:TC:2022:118.

LEY DE CONTENCIÓN DE RENTAS EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*: VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL. NORMA AUTONÓMICA QUE INVADIRÍA LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. REGULACIÓN NORMATIVA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LA RENTA.

5. STC 150/2022, 29 noviembre. Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez. Fuente: Aranzadi *RTC\2022\150* ECLI:ES:TC:2022:150.

NORMA DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA* DE MEDIDAS URGENTES DE APOYO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DESARROLLADA EN LOS LOCALES DE NEGOCIO ARRENDADOS. BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

6. ATS Soc 1ª 31 mayo 2022. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín. Fuente: Aranzadi *JUR\2022\204130* ECLI:ES:TS:2022:8816A.

PENSIÓN DE VIUDEDAD. PAREJAS DE HECHO. REQUISITO DE FORMALIZACIÓN DE LA UNIÓN NO REGISTRADA.

7. STSJ Madrid nº 112/2022, 3 febrero. Ponente: María Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Fuente: Aranzadi *JUR 2022\95298* ECLI:ES:TSJM:2022:1740.

AYUDAS Y SUBVENCIONES. ÁMBITO TEMPORAL Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN. VECINOS Y DEL PADRÓN MUNICIPAL. VECINDAD CIVIL. VECINDAD ADMINISTRATIVA.

8. STSJ Madrid nº 334/2022, 21 marzo. Ponente: M^a Dolores Galindo Gil Fuente: Aranzadi JUR 2022\148304 ECLI:ES:TSJM:2022:3728.

AYUDAS Y SUBVENCIONES. ÁMBITO TEMPORAL Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN. VECINOS Y DEL PADRÓN MUNICIPAL. VECINDAD CIVIL. VECINDAD ADMINISTRATIVA.

9. STSJ Cataluña Soc 1^a nº 4027/2022 6 julio. Ponente: Amador García Ros. Fuente: Aranzadi JUR\2022\292257 ECLI:ES:TSJCAT:2022:6434.

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PAREJAS DE HECHO. UNIÓN NO REGISTRADA.

10. STSJ Galicia CA 4^a 29 noviembre. Ponente: María Dolores Rivera Frade. Fuente: Aranzadi JUR\2022\386953 ECLI:ES:TSJGAL:2022:8149.

BENEFICIOS FISCALES. CALIFICACIÓN COMO APORTACIÓN O COMO DONACIÓN. VECINDAD CIVIL DEL TRANSMITENTE. PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL.

11. SAN CA 2^a 2 marzo 2022. Ponente: José Félix Martín Corredera Fuente: Aranzadi JUR 2022\106780 ECLI:ES:AN:2022:842.

IMPUESTO SOBRE SUCESSIONES Y DONACIONES. NO DISCRIMINACIÓN Y CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.

12. SAN CA 4^a 17 marzo 2022. Ponente: Ana Isabel Martín Valero Fuente: Aranzadi JUR 2022\139877 ECLI:ES:AN:2022:1543.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. COMUNIDAD DE BIENES.

13. SAP Navarra 3^a nº 167/2022, 16 marzo. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\199837 ECLI:ES:APNA:2022:270.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

14. SAP Navarra 3^a nº 238/2022, 20 abril. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\264853 ECLI:ES:APNA:2022:629.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

15. SAP Navarra 3^a nº 268/2022, 28 abril. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2022\263908 ECLI:ES:APNA:2022:398.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

16. SAP Navarra 3^a nº 391/2022 6 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: JUR 2022\264307 Aranzadi ECLI:ES:APNA:2022:491.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

17. SAP Navarra 3ª n° 444/2022, 16 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2022\263995 ECLI:ES:APNA:2022:582.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

18. SAP Navarra 3ª n° 515/2022 5 julio. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\354045 ECLI:ES:APNA:2022:861.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

19. SAP Navarra 3ª n° 586/2022, 1 septiembre. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\353320 ECLI:ES:APNA:2022:917.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

20. SAP Navarra 3ª n° 608/2022 7 septiembre. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2023\30053 ECLI:ES:APNA:2022:1472.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

21. SAP Navarra 3ª n° 642/2022, 21 septiembre. Ponente: Rafael Lara González Fuente: Aranzadi JUR 2023\30233 ECLI:ES:APNA:2022:1474.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

22. SAP Navarra 3ª n° 664/2022, 27 septiembre. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2023\29976 ECLI:ES:APNA:2022:1475.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

23. SAP Barcelona n° 319/2022, 13 mayo. Ponente: Ana Mª García Esquiús Fuente: Aranzadi JUR 2022\230434 ECLI:ES:APB:2022:4922.

REGISTRO CIVIL. CONSTITUCIÓN PAREJA DE HECHO. NULIDAD DE MATRIMONIO. VECINDAD CIVIL.

24. AAP de Huesca 1ª n° 277/2022, 14 octubre. Ponente: José Tomás García Castillo Fuente: Aranzadi JUR 2023\181936 ECLI:ES:APHU:2022:317ª.

DELITO DE FALSEDADES. VECINDAD CIVIL. DECLARACIÓN EN CONTRARIO DE ADQUISICIÓN.

Matrimonio y uniones equivalentes al matrimonio, crisis de pareja, medidas respecto a los hijos y regímenes económicos

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. Tal y como viene siendo habitual, las relaciones económicas entre los integrantes de una pareja, así como las crisis de ésta son, junto con las sucesiones, el terreno más fértil para el Derecho interterritorial. Como es sabido, tradicionalmente, los Derechos civiles españoles divergían en la regulación del régimen económico del matrimonio; una divergencia que se ha mantenido hasta la actualidad. Además, en los últimos años, hemos visto también que algunos legisladores autonómicos se ocupaban con detalle de las consecuencias de la ruptura de la pareja para las relaciones familiares [Ley 7/2015 del País Vasco, 30 junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, *BOE*, 24-VII-2015; arts. 233-1 a 234-14 del CCCat; los arts. 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, 22 marzo, del Gobierno de Aragón, *BOE*, 29-III-2011; arts. 68 a 77 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (texto consolidado en <https://www.boe.es/eli/es/l/1973/03/01/1/con>); así como la malograda Ley valenciana 5/2011, 1 abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, *BOE*, 15-IV-2011; sobre su declaración de inconstitucionalidad por la STC 192/2016, nos remitimos a la crónica de Derecho interterritorial correspondiente al año 2016 y publicada en el *AEDIPr* del año 2017 (t. XVII, pp. 1135-1218, esp. pp. 1171-1172)]. Todo ello ha conducido a que a la determinación del régimen económico del matrimonio se hayan unido las crisis de pareja como elemento nuclear del Derecho interterritorial. Las decisiones dictadas por los tribunales españoles en el año 2022, así como las resoluciones de la DGSJyFP, tal y como veremos, dan cuenta de ello.

En este apartado, además, examinaremos las decisiones que aún siguen produciéndose en relación a la cuestión de la forma en que los diferentes derechos civiles españoles inciden en el derecho de los integrantes de una unión equivalente al matrimonio a recibir una pensión de viudedad tras el fallecimiento del otro miembro de la pareja. Finalmente, también consideraremos una decisión en relación a un matrimonio de conveniencia en el que, previamente a la celebración del matrimonio, los integrantes de la pareja se habían constituido como unión de hecho.

2. Comenzaremos por tratar el tema de la constancia del régimen económico del matrimonio en ciertos documentos notariales; un tema del que se ocupan diversas resoluciones de la DGSJyFP; con frecuencia, en relación a la posibilidad de que el régimen económico del matrimonio sea el de comunicación foral vasco. El tema se ha planteado tanto en documentos sucesorios (cuaderno particional, Res. de la DGSJyFP 2 febrero 2022, nº 2822/2022, *Aranzadi Instituciones*, RJ 2022\1654), que aúnan la condición de afectar al régimen económico matrimonial y a las sucesiones (escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia, Res. de la DGSJyFP 6 abril 2022, nº 6658/2002, *Aranzadi Instituciones*, RJ 2022\2448), y de compraventa (Res. de la DGSJyFP 28 febrero 2022, nº 3981/2022, *Aranzadi Instituciones*, RJ 2022\1623). Además de estos supuestos en los que se planteaba la posibilidad de que el régimen económico del matrimonio fuera el de comunicación foral vasca, también se indica la necesidad de hacer constar el régimen económico del matrimonio, especificando el Derecho español aplicable, en la Res. de la DGSJyFP 20 diciembre 2022 (nº 2886/2002, *Aranzadi Instituciones*, RJ

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona

2023\1339) y en la Res. DGSJyFP 28 noviembre 2022 (nº 21635/2022, *Aranzadi Instituciones*, JUR 2022\382858).

La base para la necesidad de que en determinados documentos notariales conste el régimen económico del matrimonio, debiendo determinarse para ello el Derecho español que lo rige, se encuentra en los arts. 51.9º.a) del Reglamento Hipotecario y en el art. 159 del Reglamento Notarial. Además, tendremos que considerar el art. 11 de la Ley Vasca de Derecho Civil (Ley 5/2015, 25 junio, de Derecho Civil Vasco, BOE 24.7.2015). De acuerdo con el primero de estos preceptos, el régimen económico del matrimonio deberá constar en la inscripción registral (para lo que deberá hacerlo en el documento que sirve de base a la inscripción) si el acto o contrato objeto de inscripción afecta a los derechos presentes y futuros de la sociedad conyugal. El art. 159 del Reglamento Notarial establece la obligación de que en el documento notarial consten tanto el nombre y apellido del cónyuge y el régimen económico del matrimonio si el acto o contrato pudiese afectar a las consecuencias patrimoniales del matrimonio. De acuerdo con estos preceptos, por tanto, la constancia del régimen económico del matrimonio solamente procede cuando el acto o contrato pudiera tener consecuencias patrimoniales para el matrimonio. El art. 11 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco sigue el mismo principio, pues obliga a que en los instrumentos públicos que se otorguen en el País Vasco conste la vecindad civil vasca y local del otorgante (volveremos sobre esto en el comentario, dentro de esta misma crónica, dedicado a las decisiones sobre determinación y constancia de la vecindad civil); pero el régimen de bienes del matrimonio solamente deberá figurar “cuando pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o sus efectos”. De esta manera, de acuerdo con las diferentes normativas, la constancia del régimen económico del matrimonio depende de que el acto o contrato al que se refiere el documento notarial pueda afectar al patrimonio común de los cónyuges o al del otro cónyuge. A partir de aquí, los problemas pueden surgir cuando tal régimen económico no consta en el documento y la persona encargada del Registro deniega la inscripción sobre esta base o cuando dicho responsable registral discrepa del pronunciamiento sobre el régimen económico que realizó el Notario interviniente. Lo veremos a continuación sobre la base de las decisiones dictadas el año pasado en relación a este tema por la DGSJyFP; pero antes hay que dejar apuntado que la dificultad que tiene esta aproximación es que la constancia del régimen económico del matrimonio depende de que esté afectado por el acto o contrato; pero esta afectación depende, precisamente, de cuál sea el régimen económico del matrimonio. Seguramente, sería más coherente exigir siempre la constancia de tal régimen económico en las operaciones que realizan personas casadas; pero al no ser así, tal y como veremos, la exigencia, al final, depende de que existan indicios de que el régimen económico pueda ser uno que convierta en relevante para el patrimonio común el acto o negocio al que se refiere el instrumento público.

Así, en la Res. DGSJyFP 6 abril 2022 se confirmó la denegación de la inscripción por no constar en el documento notarial que el régimen de separación de bienes de los cónyuges era legal o convencional. En la mencionada Res. se sostuvo que dada la vecindad civil vasca de la heredera que participaba en la escritura de liquidación de sociedad conyugal y de partición de herencia, era necesario precisar en el instrumento el régimen económico del matrimonio, pues si fuera del de comunicación foral del Derecho civil vasco, la adquisición hereditaria podría afectar al patrimonio matrimonio, ya que la venta futura del bien, incluso aunque fuera privativo, precisaría la autorización del consorte (art. 135 de la Ley de Derecho civil del País Vasco). De esta forma, se justificaba que al no incluirse en la escritura dicha indicación sobre el régimen económico del matrimonio, no se procediera a la inscripción de la misma.

En la Res. de la DGSJyFP 2 febrero 2022, sin embargo, se había llegado a la solución contraria, entendiendo que en caso de que el cónyuge no concurriera a la aceptación de la herencia (art. 995 Cc), la omisión de la referencia al régimen económico del matrimonio no impediría la inscripción, ya que no consta que la heredera tuviera la vecindad civil vasca (“Ahora bien, en el presente caso –en el que como se ha expuesto, no se indica que la heredera tenga vecindad civil vasca–, deben aplicarse las consideraciones de las referidas Resoluciones (...), de modo que debe partirse de la

base de que la adjudicación de herencia formalizada no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal”. En esta Res. se indica, sin embargo, que en los actos de disposición de los bienes adquiridos por herencia si tendrá que tenerse en cuenta el régimen económico-matrimonial del heredero. De esta forma, en la Res. DGSJyFP 28 febrero 2022, se suspendió la inscripción de la escritura de compraventa de una propiedad en Alicante por no constar el régimen económico del matrimonio al advertir que la heredera tenía vecindad civil vasca y que, por tanto, era posible que su régimen de comunicación foral. El tema también se encuentra presente en la Res. de la GGSJFP 20 diciembre 2022, donde se señala que “no tendría sentido que si el notario debe precisar el tipo elegido entre los posibles regímenes convencionales, no haya de hacer una precisión equivalente –la relativa a su carácter legal– aun cuando tal régimen derive de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional, desvaneciéndose así toda posible duda sobre el origen legal o convencional del régimen económico matrimonial reseñado en la escritura”. En el caso concreto, sin embargo, la Dirección General entendió que del conjunto de la escritura se derivaba que el régimen de gananciales era el legal, no el convencional. Pese a que en este caso se ordenó la inscripción, la doctrina haría conveniente que en las escrituras notariales se hiciera constar el Derecho rector de los efectos del matrimonio, al menos cuando existen elementos de interterritorialidad, sin que sea suficiente la indicación de que estamos ante un régimen de separación de bienes, de gananciales o cualquier otro, porque la pluralidad de Derechos en España hace que la determinación de cuál sea el rector del régimen económico es imprescindible para la concreción de los derechos y obligaciones que de él se derivan. Será suficiente, además, con la indicación, sin que resulte necesario que el notario se explaye sobre el iter argumentativo que ha seguido para llegar a la determinación de dicho régimen. Así se establece en la Res. de la DGSJyFP 28 noviembre 2022 (“el notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico matrimonial de carácter legal –en este caso el de la ley española del Código Civil– es aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges”).

3. La diversidad de legislaciones españolas en lo que se refiere a las consecuencias de la ruptura de pareja, tanto en lo que tiene que ver con las relaciones entre los integrantes de la pareja, como con los hijos y también en el uso de la vivienda habitual, obliga a concretar el Derecho español aplicable en los supuestos que presentan conexiones con más de uno de los españoles. La remisión que en la actualidad el art. 107 Cc hace a la normativa internacional no es especialmente útil a nuestros fines; pues, en principio, esta normativa no se aplica a los supuestos internos. Bien es cierto que las condiciones del divorcio están reguladas en el denominado Derecho civil común sin que existan previsiones sobre este tema en los otros Derechos civiles españoles; ahora bien, los otros problemas vinculados a la disolución no tienen un tratamiento adecuado (*vid.* A. Font i Segura, “La aplicación de instrumentos internacionales para regular el divorcio interregional”, en S. Ripoll Carulla (coord.), *Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa*, Marcial Pons, 2019, pp. 389–412, pp. 394–395), puesto que la confusa remisión del art. 107.2 del Cc en su redacción actual (“La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”) es insuficiente para los conflictos internos.

Buena muestra de ello son las resoluciones dictadas por nuestros tribunales en el año 2022 en relación a esta materia, que se caracterizan por eludir referencia alguna a las normas de conflicto que deberían determinar la ley aplicable y, en el mejor de los casos, contentarse con una somera referencia a alguna de las conexiones que el caso tiene con el Derecho que acaban aplicando. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona 12ª14 enero 2022 (ECLI: ES:APB:2022:654) se afirma: “En relación al fundamento y presupuestos para el reconocimiento de la prestación compensatoria, regulada en los arts. 233–14 a 233–19 CCCat. en atención a la Ley aplicable al caso por la vecindad civil catalana de los cónyuges (arts. 9.2.II, 107, 14.1 y 16.1.1ª Cc”. También recurre a la vecindad civil, sin más precisiones, para la identificación del Derecho aplicable a la compensación por razón de trabajo, las SSAP Islas Baleares 4ª 22 febrero 2022 (ECLI:ES:APIB:2022:221), 23 febrero 2022 (ECLI:ES:APIB: 2022:1059), 11 marzo 2023 (ECLI:ES: APIB:

2022:686) y 27 abril 2022 (ECLI:ES:APIB:2022: 1024). Si bien en estos casos la omisión de la norma sobre conflictos internos de leyes no parece responder a un desconocimiento, puesto que otras decisiones de la misma sección sí que la mencionan en aquellos casos en los que el Derecho aplicable no queda determinado por la vecindad civil de los cónyuges. Eso sí; el Tribunal parece asumir que estas cuestiones que surgen en el marco de la crisis de pareja inevitablemente quedarán regidas por el Derecho de la vecindad civil común de los integrantes de la pareja en caso de que exista. En otras decisiones, la referencia es aún menos detallada. Así, en la SAP Barcelona 18ª 25 enero 2022 (ECLI:ES:APB:2022:768) se indica que la aplicación del Derecho catalán deriva del “criterio de territorialidad” y de las normas de conflicto de leyes. Este parco argumento es el que utilizan también las Sentencias de la misma sección de la AP de Barcelona 2 febrero 2022 (ECLI:ES:APB:2022:1009), 22 marzo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:3175; y 18 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:6528). Las Sentencias de la AP de Lleida 2ª 19 enero 2022 (ECLI:ES:APL:2022:61) y 7 abril 2022 (ECLI:ES:APL:2022:363) también hace referencia al principio de territorialidad para justificar la aplicación del Derecho civil catalán, si bien aquí mencionando también la vecindad civil catalana y residencia en Cataluña de la menor a la que se refería la decisión sobre los derechos de visita. La vecindad civil común de los cónyuges es también el argumento utilizado para la consideración del Derecho catalán en relación a un convenio sobre ejercicio de la guarda y custodia respecto al hijo comunes de quienes han iniciado un proceso de divorcio [SAP Barcelona 18ª 30 noviembre 2022 (ECLI:ES:APB:2022:14174)]; si bien aquí el tribunal no llega a pronunciarse de manera definitiva sobre la cuestión del Derecho aplicable al excluir que el convenio pueda ser válido. No puede dejar de apuntarse, sin embargo, que lo correcto hubiera sido identificar el derecho que debiera aplicarse a dicho convenio, y que debería venir determinado por el art. 9.4º Cc, que remite al Convenio de La Haya 1996; lo que nos hubiera debido conducir no a la ley personal de los progenitores, sino a la de la residencia del menor al que se refiere el Convenio; de acuerdo con lo previsto en su art. 47.1º, y teniendo en cuenta que no existen normas específicas para la resolución de los conflictos internos de leyes en España, toda vez que la existente (art. 9.4º Cc para el ejercicio de la filiación) remite al Convenio de La Haya 1996. En la SAP Lleida 2ª 5 abril 2022 (ECLI:ES:APL:2022:357) ninguna justificación encontramos para la aplicación del Derecho catalán, pese a que el supuesto presenta vínculos con Argentina, que son analizados con cierto detalle a fin de determinar la competencia de los tribunales españoles, pues si discutía si la última residencia de la familia se había encontrado en Argentina o en España. Una vez dilucidado ese punto, y habiendo llegado a la conclusión de que dicha residencia se hallaba en España, se pasa directamente a la aplicación del Derecho catalán.

Así pues, nos encontramos con que los tribunales, cuando han de pronunciarse sobre las consecuencias del divorcio, recurren a una aproximación intuitiva que no descansa en ninguna norma conflictual específica, sino en una conjunta a las normas que resuelven los conflictos internos de leyes y al principio de territorialidad que tan caro es para ciertos órganos jurisdiccionales, especialmente para algunos con sede en Cataluña; y al que nos hemos referidos en crónicas anteriores, destacando la incorrección de su utilización para resolver los conflictos internos de leyes (*vid.* A. Font i Segura, “Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa”, *AEDIPr*, 2022, t. XXII, pp. 689–692, pp. 690–691; *id.*, “Territorialidad y extraterritorialidad en la aplicación de los derechos civiles españoles”, *ibid.*, 2012, t. XII, pp. 1145–1148; R. Arenas García, “Articulación del Derecho estatal y autonómico. Problemas de aplicación”, *ibid.*, 2017, t. XVII, pp. 1148–1152, pp. 1148–1149; y ya hace más de diez años, A. Font i Segura, “Principio de territorialidad y aplicación del Derecho civil catalán”, *AEDIPr*, 2010, t. X, pp. 1177–1181). Bien es verdad que la carencia de un sistema de normas que resuelvan los conflictos internos no ayuda a identificar las soluciones correctas; y que éstas aún son más difíciles de hallar cuando las normas del DIPr –que, por la remisión del art. 16 Cc se aplican también a los conflictos internos– ya no incluyen más que remisiones a instrumentos internacionales; lo que puede plantear algún problema en los supuestos internacionales, pero ya es claramente inadecuado para la resolución de los conflictos internos.

Esta inadecuación no deriva tanto de las soluciones de los diferentes instrumentos internacionales como de la necesidad de articular sistemas de calificación de origen diverso (*vid.* sobre esto A. Font i Segura, *loc. cit.*, pp. 396 ss). Las crisis matrimoniales nos ofrecen un buen ejemplo para ello. Dado que en el momento de la crisis hay que decidir no solamente sobre la anulación, disolución o atenuación del vínculo conyugal, sino también sobre el régimen económico del matrimonio, las medidas respecto a los hijos, alimentos, uso de la vivienda habitual e instituciones como la pensión compensatoria entre cónyuges; se hace necesario determinar la norma de conflicto competente para cada uno de estos extremos. Si la norma (normas) de conflicto, lo que hacen es remitirse a instrumentos internacionales, será necesario descansar en las calificaciones que realicen esos instrumentos, que pueden no ser coincidentes con las que podrían resultar de una calificación autónoma. Así, por ejemplo, la pensión compensatoria no es considerada como alimentos en el Derecho civil español, y sin embargo sí se incluye tradicionalmente en esta categoría en diferentes instrumentos internacionales. A partir de aquí: en los supuestos internos ¿la determinación de la pensión compensatoria deberá hacerse a partir de la remisión del art. 107 Cc o, por el contrario, de la del art. 9.7º Cc? La respuesta no es baladí, puesto que si optamos por una interpretación amplia del art. 107 Cc podría resultar que el Derecho al que nos remite ese precepto (en principio, el Reglamento de la UE 1259/2010) debería aplicarse también a la pensión compensatoria, pese a que esta cuestión está excluida de su ámbito de aplicación.

Por mi parte, entiendo que esta no es la mejor de las soluciones y que, por el contrario, debería ser el Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos la que resuelva los conflictos internos en esta materia, de acuerdo con el ámbito de aplicación que fijan para sí los diferentes instrumentos internacionales a los que se remiten las normas de conflicto del DIPr autónomo español. Por supuesto, la mejor de las soluciones, a la luz del incoherente sistema legal de Derecho interterritorial español (y empleando la palabra “sistema” con una enorme generosidad). Sería hora de abordar la elaboración de una ley de derecho interterritorial que pusiera fin a las dificultades de las que cada año dan cuenta las decisiones de nuestros tribunales en la materia.

La ausencia de esta ley explica también el frecuente recurso a las normas autonómicas que delimitan su ámbito de aplicación. Tal y como veremos a continuación, es habitual que los tribunales obvien la existencia de reglas estatales sobre conflictos de leyes y directamente apliquen las de algún Derecho autonómico que presente conexiones con el caso. Recientemente está sucediendo con la ya citada Ley Vasca 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores; y antes lo habíamos visto con la Ley valenciana 5/2011, también mencionada (*vid.* A. Font i Segura, “La potencia normativa del art. 2 de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunitat Valenciana”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1199–1202; R. Arenas García, “Derecho civil valenciano”, *ibid.*, 2017, t. XVII, pp. 1171–1175, pp. 1172–1174; *id.*, “Derecho civil valenciano”, *ibid.*, 2016, t. XVI, pp. 1241–1244). El art. 2 de la Ley Vasca indica que se aplicará cuando ambos progenitores tienen la vecindad civil vasca. En caso de que solamente uno de ellos tenga dicha vecindad la ley se aplicará si ambos cónyuges así lo han decidido en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio. En defecto del criterio preferente, también se aplicará si la última residencia de la pareja antes de su disolución se encontraba en Euskadi.

En tanto que normativa autonómica, este art. 2 tan solo debería resultar aplicable cuando la norma de conflicto estatal designara como aplicable el Derecho vasco; y a partir de ahí resulta dudoso el alcance de la previsión incluida en la Ley Vasca 7/2015. O bien conduce al mismo resultado que la norma estatal (aplicación de la Ley Vasca), con lo que resulta irrelevante; o bien conduce a uno diferente, y aquí se abren dos posibilidades: o bien considerar que, dada la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes, la previsión del art. 2 de la Ley Vasca debería no ser considerada, pues llevaría a un resultado diferente del previsto por la norma competente (con lo que resultaría irrelevante y se acabaría aplicando igualmente el Derecho vasco); o bien se considera que estamos ante una norma de delimitación interior cuyo

efecto sería excluir al aplicación de la Ley 7/2015, pero no del resto de la normativa vasca que pudiera resultar aplicable; pudiendo llegarse por esta vía a la aplicación del Cc, dado el carácter supletorio de la normativa estatal (art. 149.3º *in fine* de la Constitución). También podría suceder, sin embargo, que la norma de conflicto estatal considerara que sería un Derecho diferente del vasco el que debería regir el supuesto; a la vez que el art. 2 de la Ley 7/2015 condujera a la aplicación de esta última. En este caso, no debería resultar dudosa la aplicación del Derecho designado por el Derecho estatal (así, por ejemplo, el de la residencia del menor; en tanto en cuanto es el que resulta de la remisión del art. 9.4 Cc, tal y como hemos visto). Sucede, sin embargo; que, ante la falta de claridad de la norma estatal, los órganos jurisdiccionales optan por el recurso a la norma clara; aquí el art. 2 de la Ley Vasca 7/2015. De esta forma, el art. 2 de esta Ley acaba siendo norma de referencia para la identificación del Derecho aplicable en los supuestos de ruptura de la pareja. Así lo muestran el Auto de la AP de Guipúzcoa 2ª 7 febrero 2022 (ECLI:ES:APSS:2022:222A) y en la Sentencia de la misma Audiencia y Sección 18 julio 2022 (ECLI:ES:APSS:2022:903); así como la SAP Madrid (Sección 24ª) 1 diciembre 2022 (ECLI:ES:APM:2022:17893), la SAP de Tarragona 1ª 16 noviembre 2022 (ECLI:ES:APT:2022:1861) y la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Donostia/San Sebastián (Guipúzcoa) 31 enero 2022 (*Aranzadi Instituciones*, JUR\2022\106350). Como vemos, la virtualidad del art. 2 de la Ley Vasca 7/2015 va más allá de los órganos jurisdiccionales con sede en el País Vasco, seguramente porque, como se apuntaba, ante la ausencia de una regulación clara estatal, los tribunales acuden a los elementos normativos que tienen más a mano, sin reparar en que la aplicación de las normas de conflicto autonómicas plantea problemas competenciales (competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes) y de articulación con la normativa en materia de Derecho interterritorial contenida en el CC.

4. La determinación del régimen económico del matrimonio en la práctica jurisprudencial se encuentra más pegada a las normas de conflicto en la materia que la resolución de otras cuestiones que se plantean en el marco de las crisis de pareja y a las que nos referíamos en el número anterior. Aquí se aprecia una mayor familiaridad con la clásica norma del art. 9.2º Cc y con los puntos de conexión en ella contenidos (ley personal común de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, ley personal o de la residencia elegida en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio, ley de la primera residencia del matrimonio tras la celebración y, en último término, ley del lugar de celebración del matrimonio). Así, este art. 9.2º Cc se aplica en la SAP Alicante 9ª 21 noviembre 2022 (ECLI:ES:APA:2022:3014) y también en la SAP Murcia 5ª 4 octubre 2022 (ECLI:ES:APMU:2022:2319), que afirma que es el Derecho de las Islas Baleares el que rige los efectos del matrimonio por ser los cónyuges de diferente vecindad civil y haber fijado la primera residencia del matrimonio tras la celebración en Palma de Mallorca. En la SAP Asturias 5ª 30 noviembre 2022 (ECLI:ES:APO:2022:4040) no se cita el precepto, pero se fundamenta la aplicación del Derecho catalán en la vecindad común de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio y la primera residencia común del matrimonio tras la celebración. En un sentido parecido, la SAP Barcelona 13ª 3 junio 2022 (ECLI:ES:APB:2022:6181) aplica el Derecho catalán al régimen económico de un matrimonio celebrado en Cataluña en el que ambos cónyuges tenían vecindad civil catalana en el momento de la celebración y del que no consta el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. En la SAP Huesca 1ª 9 febrero 2022 (ECLI:ES:APHU:2022:69), la aplicación del Derecho catalán resulta de la vecindad civil de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Finalmente, en la SAP Madrid 19ª 21 septiembre 2022 (ECLI:ES:APM:2022:12686) se emplea la curiosa expresión “regionalidad civil catalana”, para referirse a la vecindad civil de los cónyuges en el momento de la celebración. En alguna otra decisión, sin embargo, en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial hay ausencia absoluta de referencia a las normas de conflicto o puntos de conexión relevantes, pues simplemente se afirma que las partes del procedimiento contrajeron matrimonio bajo el régimen económico matrimonial aragonés [SAP Lleida 2ª 26 octubre 2022, ECLI:ES:APL:2022:892]. En esta decisión se plantea también el tema de régimen que ha de seguir la comunidad de bienes entre los cónyuges una vez disuelta la

sociedad de gananciales. No hay, sin embargo, pronunciamiento sobre el Derecho que ha de regir esta comunidad postganancial, limitándose a decir que se aplicarán las reglas de la comunidad de bienes, pero sin identificar la norma de conflicto que debería resolver la cuestión]. Hemos de tener en cuenta también que, obviamente, aún siguen planteándose casos ante nuestros tribunales en los que ha de aplicarse la norma de conflicto sobre efectos del matrimonio anterior a la reforma 1992. Así sucede en la SAP Barcelona 18ª 19 enero 2022 (ECLI:ES:APB:2022:500). En cualquier caso, en este ámbito se asume sin dificultades que la vecindad civil común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio permite identificar el Derecho aplicable al régimen económico. Así se recoge en varios convenios reguladores aprobados por decisiones de Juzgados de Primera Instancia [vid. las Sentencias del Juzgado Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Navarra) 1 septiembre 2022 (*Aranzadi Instituciones*, JUR\2023\44399), 21 octubre 2022 (*ibid.*, JUR\2023\33950)]. En otras ocasiones, sin embargo, se afirma cuál es el Derecho que rige el régimen económico matrimonial sin indicar las razones que lo justifican [vid. Sentencias del Juzgado 1ª Instancia e Instrucción de Tafalla (Navarra) 5 septiembre 2022 (*ibid.*, JUR\2022\389898), 20 diciembre 2022 (*ibid.*, JUR\2023\107371), 21 octubre 2022 (*ibid.*, JUR\2023\33950) y 29 marzo 2022 (*ibid.*, JUR\2022\161717)].

Merece un comentario específico la SAP Islas Baleares 4ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:APIB:2022684). Esta se ocupa de un supuesto internacional (matrimonio en Rusia de ciudadano ruso y alemán), considerando de forma correcta tanto el Reglamento 4/2009, para la pensión compensatoria; aunque aplicando el art. 9.2º Cc para la determinación de la competencia judicial internacional. En lo que se refiere a la petición basada en el trabajo para la casa, considera aplicable el Reglamento 2016/1103, aunque tan solo en lo relativo a la competencia judicial internacional, pues en relación al Derecho aplicable entiende aplicable el art. 9.2º Cc por razones temporales. Entendemos que es acertada la calificación que realiza el tribunal, al considerar la prestación compensatoria como una cuestión de alimentos, mientras que la reclamación que se deriva del trabajo para la casa debería considerarse incluido en el régimen económico matrimonial; pero la aplicación de las normas de conflicto relevantes podría ser objeto de alguna matización. En primer lugar, en lo que se refiere a la pensión compensatoria, considerada como una cuestión de alimentos, hay que tener en cuenta que el Protocolo de La Haya sí resultaría aplicable para los alimentos correspondientes a períodos posteriores al comienzo de su aplicación en España (18 junio 2011, de acuerdo con la declaración hecha por la Unión Europea al ratificar el Protocolo (vid. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1065&disp=resdn>); lo que excluiría, en principio, el recurso al art. 9.2 CC. Además, en tanto en cuanto descansáramos sobre la calificación alimenticia, el precepto que deberíamos considerar sería el art. 9.7º Cc y no el art. 9.2º. La confusión no es irrelevante, puesto que, como veremos inmediatamente, el DIPr autónomo deberá ser considerado para la identificación del Derecho español aplicable cuando la ley que haya de regir el caso sea la española. En este supuesto, aplicando el Protocolo de La Haya, resultaría aplicable la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor (art. 3 del Protocolo), siempre que no quede excluida, para las obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges, por lo establecido en el art. 5 del Protocolo. Dado que en el caso la residencia del acreedor de los alimentos se encuentra en España, el Derecho español será aplicable, pero será necesario identificar el Derecho civil español que deberá regular el caso. El art. 16.2º.a) prevé que esta determinación debería hacerse según las normas para la resolución de los conflictos internos del Estado cuyo Derecho ha de aplicarse. De esta manera, debería ser el art. 9.7º Cc el que aplicáramos para concretar el Derecho español competente. Ahora bien, tal y como hemos visto, este precepto incluye una remisión al Protocolo de La Haya, por lo que deberán ser las reglas de este instrumento las que identifiquen tal Derecho. De esta manera, será la residencia en España del acreedor de alimentos la que nos permita identificar el Derecho español aplicable. En el caso concreto, el de Baleares. En la SAP Lleida, 19 enero 2022 [SAP Lleida 2ª 25 marzo 2022, ECLI:ES:APL:2022:279]; nos encontramos con otro supuesto en el que confluyen problemas de Derecho interterritorial y de DIPr en sentido estricto. A un matrimonio celebrado en Rumanía se le acaba aplicando el Derecho civil catalán sin

que se justifique suficientemente la aplicación del Derecho español a los efectos del matrimonio y, dentro del Derecho español, el catalán. En esta decisión, la referencia al ya mencionado principio de territorialidad resulta suficiente para que el tribunal acabe aplicando el CCCat. De alguna forma, se da a entender que la no aplicación del Derecho catalán –derivada del principio de territorialidad– es una excepción que podría basarse en las normas de conflicto; pero que de no probarse la necesidad de aplicar un Derecho diferente al catalán, éste debería regir el supuesto sin necesidad mayor justificación.

En lo que se refiere a la compensación por trabajo para la casa; al considerarse como una cuestión atinente al régimen económico del matrimonio, debería consultarse el Reglamento 2016/1103. Ahora bien, tal y como se señala en la decisión, por razones temporales no se aplicaría, ya que la parte de Derecho aplicable de dicho Reglamento solamente se proyecta sobre los matrimonios celebrados tras el comienzo de la aplicación del instrumento (29 enero 2019, art. 69.3º del Reglamento). De esta forma, deberíamos acudir al DIPr autónomo; esto es –aquí, sí–, el art. 9.2º Cc; lo que nos obligaría a considerar la primera residencia del matrimonio tras la celebración. La Sentencia de la AP de Islas Baleares, con cita del art. 9.2º Cc, considera que el derecho aplicable es el español por la residencia en Baleares de los cónyuges; pero no se aclara si ésta fue la primera residencia o es la que tienen en el momento en el que se plantea el conflicto. Si fuera esto segundo no sería correcta la aplicación de este Derecho, pues debería estarse al del lugar de la primera residencia del matrimonio tras la celebración; lo que podría implicar que sería un Derecho extranjero y no el español el que regiría los efectos del matrimonio.

También merece una mención específica la SAP Islas Baleares 4ª 31 marzo 2022 (ECLI:ES:APIB:2022:734). Dos cuestiones han de ser destacadas. En primer lugar, que, pese a que existen conexiones del caso con Marruecos, no se justifica la aplicación del Derecho español, pasando directamente a la cuestión de la determinación del Derecho español aplicable. En este punto, y en lo que se refiere a la compensación económica por razón del trabajo para la familia, se califica como cuestión perteneciente a los efectos del matrimonio y que, por tanto, ha de ser determinada a la luz de lo establecido en el art. 9.2º Cc. Aquí, la conexión que es utilizada es la de la primera residencia del matrimonio tras la celebración, que conduce al Derecho balear. Cabría preguntarse, sin embargo, si no existía una ley personal común de los cónyuges en el momento de la celebración. Hubiera sido deseable que la decisión hubiera aclarado este extremo. Aunque la decisión no hace mención a ello, no era posible aplicar el Reglamento 2016/1103 por haberse celebrado el matrimonio en 2011, antes de que comenzara la aplicación de ese instrumento (29 enero 2019).

5. En relación a las uniones equivalentes al matrimonio, aún se encuentran decisiones que se pronuncian sobre la cuestión de la pensión de viudedad en aquellos casos en los que la pareja existía desde la perspectiva de alguno de los Derechos civiles españoles, pero no se encontraba registrada. Este ha sido un tema recurrente desde hace años, del que hemos dado cuenta en esta crónica (*vid.* M. Gardeñes Santiago, “Pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1227–1233; *id.*, “Parejas de hecho y pensiones de viudedad: siguiendo el camino marcado por el Tribunal Constitucional”, *ibid.*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 1191–1194 y los comentarios sobre uniones extramatrimoniales publicados en esta crónica desde el año 2016) y que se vio afectado profundamente por la STC 40/2014, 11 marzo 2014, que estableció que la concesión de la pensión de viudedad en parejas de hecho exigía, entre otras cosas, su registro, sin que este requisito pudiera ser suplido por el cumplimiento de las formalidades previstas en los Derechos civiles autonómicos. A partir de aquí se plantearon problemas sobre todo en relación al régimen transitorio, pues aún se concedieron pensiones de viudedad a parejas que no habían cumplido con el requisito del registro cuando no estaban en condiciones de hacerlo con posterioridad a dicha Sentencia del Tribunal Constitucional. En esta línea se encuentra el ATS Soc 1ª 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:8816A), que no admite un recurso de casación contra una decisión que reconocía la pensión de viudedad en favor del miembro de una pareja de hecho no registrada con el argumento de que la pareja reunía los

requisitos previstos en el Derecho civil catalán y que con posterioridad a la STC 40/2014 ya no fue posible proceder al registro de la pareja por estar uno de sus miembros en estado vegetativo. En un sentido contrario, la STSJ/Cataluña Soc 1ª 6 febrero 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:6434) no apreció que existieran circunstancias que eximieran a los miembros de la pareja de su obligación de registrarla, una vez dictada la STC 11 marzo 2014 que no dispensaba de dicho registro si la pareja reunía los requisitos previstos en el Derecho civil español que le fuera aplicable.

En relación a las uniones equivalentes al matrimonio, resulta también interesante la SAP Lleida 2ª 18 mayo 2022 (ECLI:ES:APL:2022:453), en la que se resolvía sobre una petición de declaración de nulidad de la escritura de constitución de pareja estable. Aparte de cuestionar la convivencia efectiva de la pareja se discutía que uno de los convivientes no estaba divorciado en el momento de la constitución de la pareja; además de que residía en Andorra. En la decisión se rechaza la petición de declaración de nulidad con el argumento, por una parte, de que la normativa catalana en la materia permite que constituya la unión una persona que aún mantiene vínculo matrimonial con un tercero y, por otra parte, que ya no se exige que alguno de los integrantes de la pareja tenga vecindad civil catalana. Se echa en falta, sin embargo, que no se aporten argumentos que justifiquen la aplicación de la normativa catalana y no cualquier otra sobre uniones estables de pareja; máxime cuando hay conexiones del caso con Derechos diferentes del catalán, tal y como hemos visto (empadronamiento de uno de los convivientes en Andorra). Esta falta de referencia a las normas de conflicto, que conduce a un acercamiento intuitivo a la solución del caso es, como hemos visto, común en nuestro derecho interterritorial.

Finalmente, también hemos de mencionar la SAP Barcelona 12ª 13 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4922). Es cierto que la problemática de Derecho interterritorial es absolutamente tangencial en este caso (uno de los implicados alegó tener vecindad civil catalana, sin que esté claro este extremo); pero resulta interesante porque nos encontramos ante la declaración de nulidad de un matrimonio por entender que faltaba auténtico consentimiento matrimonial; esto es, que estamos ante lo que se ha denominado matrimonio blanco o de conveniencia; habiéndose registrado los que luego acabaron siendo cónyuges como pareja de hecho antes de la celebración del matrimonio; lo que quizás pudiera ser indicativo –si los hechos se ajustan al relato de la sentencia– de un *modus operandi* sofisticado en la preparación del matrimonio blanco en el que el previo registro como pareja de hecho podría servir como indicio de una relación con el fin de dificultar la declaración de nulidad de la misma que, sin embargo, en este caso acaba produciéndose.

6. En conclusión, la práctica española durante el último año (2022), tanto en lo que se refiere a la doctrina de la DGSJyFP como a la jurisprudencia de los tribunales en materia de matrimonio, uniones de hecho y crisis de pareja muestra que la ausencia de un sistema completo y articulado de Derecho interterritorial conduce a que la determinación del Derecho civil español aplicable se haga, con frecuencia, sin tener en cuenta las normas de conflicto pertinentes, de una manera intuitiva y dando entrada a normas autonómicas sobre el ámbito de aplicación territorial y personal del Derecho civil que no se ajustan a la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes.

La constante remisión a instrumentos internacionales, que se ha adueñado de las normas del DIPr autónomo, es especialmente inadecuada para la solución de los conflictos internos, y obliga a proyectar la calificación propia de esos instrumentos a supuestos internos sin que exista una base normativa suficiente. Si el desarrollo de los distintos Derechos civiles españoles continúa es probable que aumenten las situaciones en las que se hará necesario determinar el aplicable en los supuestos que presenten conexiones con varios de ellos, por lo que es preciso insistir en la conveniencia de una ley de Derecho interterritorial que aborde estas cuestiones.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. ATS Soc 1ª 31 mayo 2022. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín. Fuente: Aranzadi JUR\2022\204130 ECLI:ES:TS:2022:8816A.

UNIONES EXTRAMATRIMONIALES. UNIÓN NO REGISTRADA. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. EFICACIA EN EL TIEMPO DE LA STC 40/2014.

2. STSJ Cataluña Soc 1ª nº 4027/2022 6 julio. Ponente: Amador García Ros. Fuente: Aranzadi JUR\2022\292257 ECLI:ES:TSJCAT:2022:6434.

UNIONES EXTRAMATRIMONIALES. UNIÓN NO REGISTRADA. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. EFICACIA EN EL TIEMPO DE LA STC 40/2014.

3. SAP Alicante 9ª nº 578/2022, 21 noviembre. Ponente: José Manuel Valero Díez. Fuente: Aranzadi JUR\2023\149234 ECLI:ES:APA:2022:3014.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. ARTÍCULO 9.2 CC.

4. SAP Asturias 5ª nº 402/2022, 30 noviembre. Ponente: Eduardo García Valtueña. Fuente: Aranzadi JUR\2023\12259 ECLI:ES:APO:2022:4040.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. PENSIÓN DE EQUILIBRIO ECONÓMICO. USO DE LA VIVIENDA HABITUAL. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

5. SAP Barcelona 12ª nº 11/2022, 14 enero. Ponente: María Isabel Tomás García. Fuente: Aranzadi JUR\2022\126583 ECLI:ES:APB:2022:654.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. PRESTACIÓN COMPENSATORIA. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

6. SAP Barcelona 12ª nº 319/2022, 13 mayo. Ponente: Ana Mª García Esquiús. Fuente: Aranzadi JUR\2022\230434 ECLI:ES:APB:2022:4922.

NULIDAD MATRIMONIAL. FALTA DE CONSENTIMIENTO. UNIÓN EXTRAMATRIMONIAL PREVIA AL MATRIMONIO.

7. SAP Barcelona 13ª nº 276/2022, 3 junio. Ponente: María del Pilar Ledesma Ibáñez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\248892.

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO. DERECHO APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES Y LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

8. SAP Barcelona 18ª nº 16/2002 19 enero. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Fuente: Aranzadi JUR\2022\124959 ECLI:ES:APB:2022:500.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE NORMAS DE CONFLICTO.

9. SAP Barcelona 18ª nº 32/2022, 25 enero. Ponente: Mª José Pérez Tormo. Fuente: Aranzadi JUR\2022\131343 ECLI:ES:APB:2022:768.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN POR EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

10. SAP Barcelona 18ª nº 53/2022, 2 febrero. Ponente: Mª José Pérez Tormo. Fuente: Aranzadi JUR\2022\137589.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN POR EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

11. SAP Barcelona 18ª nº 163/2022, 22 marzo. Ponente: Mª José Pérez Tormo. Fuente: Aranzadi JUR\2022\189837 ECLI:ES:APB:2022:3175.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN POR EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

12. SAP Barcelona 18ª nº 256/2022, 18 mayo. Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\258211.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN POR EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

13. SAP Barcelona 18ª nº 631/2022, 30 noviembre. Ponente: Margarita Blasa Noblejas Negrillo. Fuente: Aranzadi JUR\2023\37831 ECLI:ES:APB:2022:14174.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RELACIONES PATERNO-FILIALES. CONVENIO ENTRE LOS CÓNYUGES. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

14. AAP Guipúzcoa 2ª nº 24/2022 7 febrero. Ponente: Ana Maite Loyola Iriondo. Fuente: Aranzadi JUR\2022\153967 ECLI:ES:APSS:2022:222A.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONCEPTO DE “GASTOS EXTRAORDINARIOS” DE LOS HIJOS. LEY VASCA 7/2015, 30 JUNIO. VECINDAD CIVIL VASCA DE LOS PROGENITORES.

15. SAP Guipúzcoa 2ª nº 556/2022, 18 julio. Ponente: Iñigo Suárez Odriozola. Fuente: Aranzadi JUR\2022\393635 ECLI:ES:APSS:2022:903..

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. APLICACIÓN DE LA LEY VASCA 7/2015, 30 JUNIO. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES Y RESIDENCIA DEL MATRIMONIO.

16. SAP Huesca 1ª nº 64/2022 9 febrero. Ponente: Manuel Daniel Diego Diago. Fuente: Aranzadi JUR\2022\169174 ECLI:ES:APHU:2022:69.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. VECINDAD CIVIL CATALANA DE LOS CÓNYUGES EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN.

17. SAP Islas Baleares 4ª nº 99/2022, 22 febrero. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Fuente: Aranzadi JUR\2022\143863 ECLI:ES:APIB:2022:221.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. INDEMNIZACIÓN POR TRABAJO. APLICACIÓN DEL DERECHO BALEAR. VECINDAD CIVIL BALEAR EN EL MOMENTO DE LA SEPARACIÓN.

18. SAP Islas Baleares 4ª n° 105/2022, 23 febrero. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Fuente: Aranzadi JUR\2022\241999 ECLI:ES:APIB:2022:1059.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. INDEMNIZACIÓN POR TRABAJO. APLICACIÓN DEL DERECHO BALEAR. VECINDAD CIVIL BALEAR.

19. SAP Islas Baleares 4ª n° 123/2022 9 marzo. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Fuente: Aranzadi JUR\2022\187576 ECLI:ES:APIB:2022:684.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MATRIMONIO DE CIUDADANO RUSO Y CIUDADANO ALEMÁN EN RUSIA. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL APLICABLE. RESIDENCIA HABITUAL DE LOS CÓNYUGES.

20. SAP Islas Baleares 4ª n° 129/2022, 11 marzo. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Fuente: Aranzadi JUR\2022\187225 ECLI:ES:APIB:2022:686.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. INDEMNIZACIÓN POR TRABAJO. APLICACIÓN DEL DERECHO BALEAR. VECINDAD CIVIL BALEAR.

21. SAP Islas Baleares 4ª n° 165/2022, 31 marzo. Ponente: Gabriel Agustín Oliver Koppen. Fuente: Aranzadi JUR\2022\197724 ECLI:ES:APIB:2022:734.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. EFECTOS DEL MATRIMONIO. COMPENSACIÓN ECONÓMICA. APLICACIÓN DEL DERECHO BALEAR.

22. SAP Islas Baleares 4ª n° 212/2022, 27 abril. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Fuente: Aranzadi JUR\2022\234913 ECLI:ES:APIB:2022:1024.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. INDEMNIZACIÓN POR TRABAJO. APLICACIÓN DEL DERECHO BALEAR. VECINDAD CIVIL BALEAR.

23. SAP Lleida 2ª n° 32/2022, 19 enero. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Fuente: Aranzadi JUR\2022\130219 ECLI:ES:APL:2022:61.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RELACIONES RESPECTO A LOS HIJOS. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. VECINDAD CIVIL.

24. SAP Lleida 2ª n° 232/2022, 25 marzo. Ponente: Albert Montell García. Fuente: Aranzadi JUR\2022\189464 ECLI:ES:APL:2022:279.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO. MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. VECINDAD CIVIL.

25. SAP Lleida 2ª n° 255/2022 5 abril. Ponente: María del Carmen Bernat Álvarez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\210504 ECLI:ES:APL:2022:357.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RELACIONES CON LOS HIJOS. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. RESIDENCIA HABITUAL.

26. SAP Lleida 2ª n° 262/2022 7 abril. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Fuente: Aranzadi JUR\2022\212160 ECLI:ES:APL:2022:363.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y VECINDAD CIVIL.

27. SAP Lleida 2ª n° 342/2022, 18 mayo. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Fuente: Aranzadi JUR\2022\243636 ECLI:ES:APL:2022:453.

PETICIÓN DE NULIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE PAREJA ESTABLE. VÍNCULO MATRIMONIAL TODAVÍA NO DISUELTO. RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO DE UNO DE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA (ANDORRA).

28. SAP Lleida 2ª n° 694/2022, 26 octubre. Ponente: Marta Monrabà Egea. Fuente: Aranzadi JUR\2022\366773 ECLI:ES:APL:2022:892.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO. DERECHO APLICABLE. SUSCEPTIBILIDAD DE REVISIÓN EN APELACIÓN. COMUNIDAD POSTGANANCIAL.

29. SAP Madrid 19ª n° 267/2022, 21 septiembre. Ponente: Ramón Badiola Díez. Fuente: Aranzadi JUR\2022\337332 ECLI:ES:APM:2022:12686.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

30. SAP Madrid 24ª n° 865/2022, 1 diciembre. Ponente: Ángel Luis Campo Izquierdo. Fuente: Aranzadi JUR\2023\25882 ECLI:ES:APM:2022:17893.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. ART. 2 DE LA LEY VASCA 7/2015. AUSENCIA DE VECINDAD CIVIL VASCA DE LOS CÓNYUGES. AUSENCIA DE ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES. APLICACIÓN DEL CC.

31. SAP Murcia 5ª n° 258/2022 4 octubre. Ponente: José Manuel Nicolás Manzanares. Fuente: Aranzadi JUR\2022\355627 ECLI:ES:APMU:2022:2319.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. CÓNYUGES DE DISTINTA VECINDAD CIVIL. PRIMERA RESIDENCIA DEL MATRIMONIO TRAS LA CELEBRACIÓN.

32. SAP de Tarragona 1ª n° 809/2022, 16 noviembre. Ponente: Raquel Marchante Castellanos. Fuente: Aranzadi JUR\2022\384084 ECLI:ES:APT:2022:1861.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. INAPLICACIÓN DE LA LEY VASCA 7/2015. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN.

33. SAP VIZCAYA 4ª n° 63/2022, 20 enero. Ponente: Ana Belén Iracheta Undagoitia. Fuente: Aranzadi JUR\2022\154807 ECLI:ES:APBI:2022:262.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. DERECHO CIVIL VASCO. MATRIMONIO CONTRAÍDO EN LA ANTEIGLESIA.

34. Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Provincia de Navarra) 1 septiembre 2022. Ponente: María Laguno Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2023\44399 ECLI:ES:JPII:2022:495.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

35. Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Provincia de Navarra) 5 septiembre 2022. Ponente: María Laguno Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2022\389898 ECLI:ES:JPII:2022:410.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

36. Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Provincia de Navarra) 20 diciembre 2022. Ponente: María Laguno Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2023\107371 ECLI:ES:JPII:2022:541.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

37. Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Provincia de Navarra) 21 octubre 2022. Ponente: María Laguno Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2023\33950 ECLI:ES:JPII:2022:439.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES.

38. Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla (Provincia de Navarra) 29 marzo 2022. Ponente: María Laguno Muro. Fuente: Aranzadi JUR\2022\161717 ECLI:ES:JPII:2022:31.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

39. Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Donostia/San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) nº 3/2022, 31 enero. Ponente: Aurora Gabino Amantegui. Fuente: Aranzadi JUR\2022\106350.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES. APLICACIÓN DE LA LEY VASCA 7/2015.

40. Res. DGSJyFP nº 2822/2022, 2 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1654.

INNECESARIDAD DE QUE CONSTE EN EL CUADERNO PARTICIONAL EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL HEREDERO CASADO SI SU CÓNYUGE NO CONCURRE EN LA ACEPTACIÓN.

41. Res. DGSJyFP nº 6658/2022 6 abril. Fuente: Aranzadi RJ\2022\2448.

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL Y PARTICIÓN DE HERENCIA CUANDO EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO PUEDE SER EL DE COMUNICACIÓN FORAL VASCA.

42. Res. DGSJyFP nº 20502/2022, 10 noviembre. Fuente: Aranzadi JUR\2022\372316.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE NORMAS DE CONFLICTO. LA CONSTANCIA EN EL REGISTRO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO NO PUEDE RECTIFICARSE SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS CÓNYUGES.

43. Res. DGSJyFP nº 2886/2022, 20 diciembre. Fuente: Aranzadi RJ\2023\1339.

NECESIDAD DE QUE EN LAS ESCRITURAS DE COMPRAVENTA CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS COMPRADORES, INDICÁNDOSE DE SI SE TRATA DEL RÉGIMEN LEGAL O CONVENCIONAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO RECTOR DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

44. Res. DGSJyFP nº 3981/2022, 28 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1623.

NECESIDAD DE QUE EN LA ESCRITURA DE VENTA DE LA PROPIEDAD CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO CUANDO ÉSTE PUEDE SER EL DE COMUNICACIÓN FORAL VASCA. VECINDAD CIVIL VASCA DE UNO DE LOS INTERVINIENTES.

45. Res. DGSJyFP nº 21635/2022, 28 noviembre. Fuente: Aranzadi JUR\2022\382858.

NECESIDAD DE QUE CONSTE EN LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA EL DERECHO ESPAÑOL QUE RIGE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS INTERVINIENTES. NO ES PRECISO QUE EL NOTARIO INDIQUE LAS RAZONES QUE LE HAN CONDUCIDO A IDENTIFICAR DICHO DERECHO.

Discapacidad

Albert FONT I SEGURA*

1. La transformación que, directa o indirectamente, ha otorgado a todos los Derechos civiles españoles la Ley 8/2021 2 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 empieza a mostrar su impacto a nivel jurisprudencial. La Ley 8/2021 introduce una profunda modificación en el Cc, pero también ha provocado cambios relevantes en la legislación procesal –en particular, la supresión del proceso de incapacitación–, que han motivado una reacción en las CCAA con Derecho civil propio con el fin de conseguir asimismo una aproximación más fidedigna al objetivo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 diciembre 2006. Ejemplo de esta circunstancia son las tres sentencias dictadas por la sección 18ª de la AP de Barcelona en la que se baraja la aplicación del Cc, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/2021, y el Decreto Ley 19/2021, 31 agosto, por el que se adapta el CCCat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. Por los datos que se pueden extraer, dos de las resoluciones son supuestos puramente domésticos, en el sentido de que están vinculados a uno solo de los Derechos civiles coexistentes en España –sin perjuicio de que, obviamente, estén conectados con la legislación estatal en aquellos ámbitos en los que el legislador posee competencia exclusiva–. En efecto, se trata, por una parte, del AAP de Barcelona 18ª nª 87/2022, 16 marzo (ECLI:ES:APB:2022:5500A), en el que el tribunal aplica, respecto a la cuestión sustantiva, el mencionado Decreto Ley en atención al recurso planteado indicando que la necesidad de solicitar autorización judicial para la realización de determinados actos quede regida por la ley catalana, en concreto el art. 222. 43.1 CCCat, sin perjuicio de la obligación de informar y rendir cuentas de su gestión anualmente al tribunal. Así, la AP da la razón a los apelantes cuando “solicitan que se suprima toda referencia a las normas del Código civil en el auto, o subsidiariamente en la parte dispositiva”. La argumentación jurídica desplegada por la AP se fundamenta en el criterio de territorialidad (art. 14.1º EAC y art. 111.3.1 del CCCat), así como por las normas de conflictos de leyes (arts. 9, 107 y 16 Cc). No obstante, cabe indicar que, aparentemente, la aplicación de las disposiciones conflictuales contenidas en el Código Civil estatal estaba de más en la medida en que, como se dijo, no se aprecia ningún conflicto de leyes al estar el supuesto vinculado únicamente con la legislación catalana. Como inciso, habrá que suponer que la cita del art. 107 Cc es fruto de un error tipográfico porque si no es así lo cierto es que es un despropósito. En cualquier caso, no cabe una aplicación cumulativa de ambas legislaciones, debiendo aplicarse la ley catalana al regular de modo completo la cuestión y disponer de su propio sistema de integración normativa. La otra resolución en la que, al menos aparentemente, no se produce un conflicto de leyes es la SAP Barcelona 18ª nª 516/2022, 11 octubre (ECLI:ES:APB:2022:10871) se aplica la legislación catalana sin necesidad de justificación alguna, al poner en evidencia la vecindad civil catalana de la persona discapacitada y su residencia habitual en Cataluña, por ello se resuelve el supuesto –asignación de una asistencia con funciones de representación por estimar insuficiente la guarda de hecho– “al socaire de la legislación aplicable”.

2. La tercera de las sentencias suscita un mayor interés al plantear un debate respecto a si es de aplicación el Cc o el CCCat. Existe pues un conflicto de leyes real. Se trata de la SAP Barcelona 18ª nª 503/2022 5 octubre (ECLI:ES:APB:2022:12523) que aborda muy acertadamente el conflicto generado a raíz de las medidas de apoyo –entre ellas el nombramiento de la persona que los presta y la decisión relativa al traslado desde Barcelona a Murcia a una vivienda

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

propiedad donde será asistida por un de sus hijos– que deben adoptarse en relación con una persona oriunda de Murcia que había residido habitualmente en Barcelona y cuya residencia habitual actual se discute. El tribunal aplica el art. 9.6º II Cc, por remisión del art. 16 Cc, y tiene presente que el criterio que está en juego es el de la residencia habitual, lo que ya debe ser señalado porque la AP es consciente de que la vecindad civil no despliega en este tipo de casos ninguna función localizadora, lo que no siempre sucede. En el procedimiento se nombra a una Fundación como asistente en aplicación de la legislación catalana y, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada, se determina su traslado a Murcia donde se establece la nueva residencia habitual. Las funciones asistenciales de la Fundación se mantienen hasta que se materialice el traslado. Ahora bien, teniendo en consideración el cambio de residencia, y de conformidad con el art. 9.6º II Cc, se nombra al hijo mayor para desempeñar la curatela –en lugar de la asistencia catalana–, conforme a las medidas de apoyo adoptadas en virtud del Código civil. La identidad de objetivos presentes en ambas legislaciones explica que la curatela se constituya con el mismo contenido y extensión que la sentencia de primera instancia ha fijado para la asistencia desplegada por la Fundación. No en vano, “tanto la normativa sobre medidas de apoyo del Código civil, como la normativa del Codi Civil Catalán, se funda en la necesidad y conveniencia de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada”.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. SAP Barcelona 18ª nº 503/2022 5 octubre. Ponente: María Dolores Viñas Maestre Fuente: Aranzadi JUR 2022\394515 ECLI:ES:APB:2022:12523.

DISCAPACIDAD. MEDIDAS DE APOYO. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL. TRASLADO DE RESIDENCIA HABITUAL.

2. SAP Barcelona 18ª nº 516/2022, 11 octubre. Ponente: Myriam Sambola Cabrer Fuente: Aranzadi JUR 2022\351937 ECLI:ES:APB:2022:10871.

DISCAPACIDAD. MEDIDAS DE APOYO. VECINDAD CIVIL Y RESIDENCIA HABITUAL EN CATALUÑA. APLICACIÓN DERECHO CIVIL CATALÁN.

3. AAP de Barcelona 18ª nº 87/2022, 16 marzo. Ponente: Margarita Blasa Noblejas Negrillo Fuente: Aranzadi JUR 2023\88627 ECLI:ES:APB:2022:5500A.

DISCAPACIDAD. PROVISIÓN DE APOYOS. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: DERECHO CIVIL CATALÁN.

Obligaciones y derechos reales

Albert FONT I SEGURA*

1. En relación con anteriores crónicas detectamos un aumento significativo de resoluciones dictadas en materia de obligaciones. Como veremos a continuación, la mayor parte se centran en la determinación de la ley aplicable al plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades en el marco de un contrato de préstamo hipotecario o de subrogación en la posición del prestatario, debido a las diferencias existentes en distintos Derechos españoles. No obstante, más allá de esta cuestión, se constata ya la influencia que ejerce el Libro sexto del CCCat en materia de compraventa y las dudas que su aplicación genera. Otro ámbito en el que se han dictado resoluciones que inciden de alguna forma en la materia contractual es la serie de resoluciones dictadas por la DGSJyFP en las que debe pronunciarse sobre la afectación del régimen económico matrimonial respecto a la compraventa de un inmueble. Por otra parte, al final de esta reseña daremos también cuenta de algunas resoluciones dictadas en materia de derechos reales.

2. Como una incógnita se plantea el conjunto de tres resoluciones judiciales [SAP Alicante 8ª nº (ECLI:ES:APA:2022:2130), SAP Alicante 8ª nº 1145/2022, 19 septiembre (ECLI:ES:APA:2022:2342) y SAP Alicante 8ª nº 1303/2022, 25 octubre (ECLI:ES:APA:2022:2507)] en las que la AP de Alicante descarta la aplicación de la legislación catalana frente a las alegaciones de las apelantes que pretendían la aplicación del plazo de prescripción 10 años previsto en el art. 121-20 CCCat frente al plazo 5 años establecido en el art. 1964.2 CC. En efecto, la AP pone de manifiesto en todas estas resoluciones que “no hay dato alguno del que deducir que el contrato de préstamo se someta a la legislación catalana, razón por la (sic) que en todo caso, es de aplicación el régimen común”. Desconocemos si existía algún elemento que llevara a las partes recurrentes a invocar la ley catalana, pero la AP se limita a declarar que el plazo contemplado en la legislación catalana únicamente debería ser aplicado si el contrato quedara regido por la ley catalana, y no es el caso, sin especificar los elementos que le llevan a tal conclusión, quizá por la obviedad del resultado.

3. Si en las sentencias que acabamos de exponer se plantea una incógnita, en la SAP Cáceres 1ª nº 199/2022, 10 marzo (ECLI:ES:APCC:2022:252) lo que se produce es un auténtico disparate. No puede calificarse de otra manera la aplicación del Cc en una sentencia que resuelve la reclamación de cantidad de la Clínica Universitaria de Navarra en el marco de un contrato de asistencia sanitaria que presta. La cuestión que estaba en juego es si se aplicaba la Ley 491 FNN o los arts. 1101 y 1108 Cc respecto a los intereses de demora. En relación con la persona que recibió el servicio consta que no tiene la vecindad civil navarra, que tenía la residencia habitual en Guipúzcoa, mientras que sabemos que el contrato, cuyo lugar de celebración se ignora, no queda sometido expresamente a ninguna ley. Con estos datos, la AP Cáceres aplica el Cc en virtud de la ley nacional común de las partes, ignorando que se trata de un conflicto interno de leyes y que debe tenerse en consideración la precisión efectuada en el art. 16.1.1ª Cc, cuando hace remisión al capítulo IV del Título preliminar del Cc, de acuerdo con la cual debe sustituirse la conexión nacionalidad por la conexión vecindad civil. En este caso, teniendo en cuenta las conexiones del art. 10.5º Cc, debía acudirse a la ley del lugar de celebración del contrato.

4. Siguiendo con las disparidades existentes en la duración del plazo de prescripción de la acción personal de restitución de lo indebido como consecuencia de la nulidad de determinadas cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario, cabe referir las resoluciones

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

dictadas por tribunales con sede en la CA de Navarra. La argumentación adoptada en el conjunto de sentencias que podemos englobar aquí nos permite efectuar una clasificación entre las resoluciones que se plantean la naturaleza mercantil de dicho contrato y las que ni consideran tal circunstancia. Con respecto a las primeras, ya hemos puesto de relieve en el párrafo 3 de la sección “Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa” de esta Crónica que en determinadas sentencias –SAP Navarra 3ª nº 167/2022, 16 marzo (ECLI:ES:APNA:2022:270), SAP Navarra 3ª nº 238/2022, 20 abril (ECLI:ES:APNA:2022:629), SAP Navarra 3ª nº 268/2022, 28 abril (ECLI:ES:APNA:2022:398), SAP Navarra 3ª nº 391/2022 6 junio (ECLI:ES: APNA: 2022:491), SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio (ECLI:ES:APNA:2022:582), SAP Navarra 3ª nº 515/2022 5 julio (ECLI:ES:APNA:2022:861), SAP Navarra 3ª nº 586/2022, 1 septiembre (ECLI: ES:APNA:2022:917), SAP Navarra 3ª nº 608/2022 7 septiembre (ECLI: ES: APNA:2022:1472), SAP Navarra 3ª nº 642/2022, 21 septiembre (ECLI:ES: APNA:2022:1474), SAP Navarra 3ª nº 664/2022, 27 septiembre (ECLI:ES:APNA:2022:1475)– se aplica el plazo de prescripción previsto en la Ley 39 FNN por efecto de la remisión del art. 943 Ccom a las disposiciones de Derecho común, siendo este el Derecho foral navarro en virtud del art. 10.5 Cc por remisión del art. 16 Cc, excepto en la SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio (ECLI:ES:APNA: 2022:582), en la que se aplica el plazo de prescripción previsto en el Cc dado que, a falta de sumisión expresa, el contrato se suscribió en Madrid entre partes domiciliadas en esa ciudad. Nos remitimos a la mencionada Sección para comprobar las conexiones que conducen a la ley navarra como Derecho común supletorio del Derecho mercantil, no sin recordar que bastaba con apuntar que el inmueble estaba situado en Navarra para determinar la aplicación del Derecho navarro en virtud del art. 10.5 II Cc, puesto que se trataba en todos los supuestos de contratos relativos a bienes inmuebles. Como se decía, están, por otra parte, las sentencias que no consideran la eventual naturaleza mercantil del contrato de préstamo bancario y van directamente a determinar la ley aplicable de acuerdo con el art. 10.5 Cc por remisión del art. 16 Cc [SAP Navarra 3ª nº 65/2022 8 febrero (ECLI:ES:APNA:2022:174), SAP Navarra 3ª nº 82/2022, 16 febrero (ECLI:ES:APNA:2022:208), SAP Navarra 3ª nº 82/2022, 16 febrero (ECLI:ES:APNA:2022:208), SAP Navarra 3ª nº 165/2022, 15 marzo (ECLI:ES:APNA:2022:264), SAP Navarra 3ª nº 183/2022, 23 marzo (ECLI:ES:APNA:2022:279), SAP Navarra 3ª nº 527/2022, 12 julio (ECLI:ES:APNA: 2022:869), SAP Navarra 3ª nº 562/2022, 26 julio (ECLI:ES:APNA:2022:896)]. En estas sentencias, constatando la falta de sumisión expresa a ningún Derecho, se aplica la legislación navarra sea por la común vecindad de las partes o, mayoritariamente, por haber sido celebrado el contrato en Navarra y, acumulativamente, estar situado en Navarra el inmueble sobre el que versa el contrato. Al margen de que, en ocasiones, se cita el art. 10.2º Cc en lugar del art. 10.5º Cc, vuelve a darse la circunstancia de que se aplican conjuntamente el apartado I y el II del art. 10.5º Cc, cuando bastaba con el apartado II, lugar de situación del inmueble, queriendo con ello subrayar quizá la conexión del contrato con la legislación navarra. Debe señalarse que, en alguna de las sentencias citadas, pese a la aplicación de las disposiciones apuntadas, no parece que haya conflicto de leyes. Así, por ejemplo, la SAP Navarra 3ª nº 165/2022, 15 marzo (ECLI:ES:APNA: 2022:264), donde se declara que “De conformidad con art. 10.2º (*sic*), por remisión de art. 16 Título Preliminar Cc para el conflicto de leyes en materia de obligaciones, en lo que tradicionalmente se denomina Derecho interregional privado, al tener CRN y la Sra. Berta vecindad civil común navarra, resulta de aplicación la foralidad navarra, además de que el negocio es sobre inmueble radicado en Navarra, y de que fue la Comunidad Foral el lugar del contrato”. Otro supuesto en el que no parece haber un conflicto de leyes, aunque no es en el marco de un contrato de préstamo sino en una compraventa (responsabilidad por defectos en la construcción) es la SAP Navarra 3ª nº 765/2022, 18 octubre (ECLI:ES:APNA:2022:1404), dado el lugar en el que está situado el inmueble objeto de la compraventa, la común vecindad civil navarra de las partes y el lugar de celebración del contrato.

5. Por otra parte, continuando con las sentencias dictadas por tribunales con sede en Navarra, es también objeto de controversia el plazo de prescripción, pero en estos casos no se trata de un contrato de préstamo, sino de otro tipo de contratos. Así, aparte de la que se acaba de mencionar,

en una relación contractual entre una entidad bancaria y un consumidor relativa a la orden de suscripción de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones en la que se ejercita una acción de nulidad de la adquisición de los bonos por error en el consentimiento en cuanto a los riesgos inherentes a ese producto (SAP Navarra 3ª nº 46/2022, 2 febrero ECLI:ES:APNA:2022:158), la AP, descartando la aplicación del art. 945 CCom, determina la aplicación de la legislación navarra de acuerdo con el art. 10.5º Cc, por remisión del art. 16 Cc, aunque sin detallar la conexión aplicable al remitirse a una sentencia dictada con anterioridad [en el mismo sentido y también en relación con el plazo de prescripción de una acción de nulidad de la adquisición de los bonos por error en el consentimiento, la SAP Navarra 3ª Sentencia num. 842/2022, 15 noviembre (ECLI:ES:APNA:2022:1305)]. La legislación navarra prevé un plazo de prescripción de cuatro años para las acciones de impugnación de actos anulables. Pone, sin embargo, de relieve la AP que “tanto apliquemos al plazo prescriptivo lo dispuesto en el Fuero Nuevo como lo establecido en el Código Civil para las obligaciones personales que no tuvieren establecido plazo especial de prescripción, la acción indemnizatoria ejercitada no habría prescrito”. En otra sentencia, la SAP Navarra 3ª nº 337/2022, 16 mayo (ECLI:ES:APNA:2022:456) se resuelve una reclamación en ejercicio de acción de cumplimiento del pago del precio del encargo ejecutado de impresión y encuadernación, en el marco de una prestación de servicio o arrendamiento de obra en la que la parte demandada había suscrito un acuerdo de reconocimiento de deuda en la que se incluyen dos garantías: una fianza personal y solidaria de tercero como garante de la deuda y una cláusula penal en virtud de la cual se pagará la deuda doblada en caso de incumplimiento y los intereses de demora. El punto de fricción estriba, por lo que al conflicto de leyes se refiere, a si la cláusula penal se rige por la legislación navarra o el Cc. La AP concluye que, al no tener las partes (se refiere a las que originariamente celebraron el contrato de arrendamiento de obra) la misma vecindad civil, ni domicilio común y, a falta de pacto expreso (aun cuando la AP apunta como un factor o índice de proximidad que el reconocimiento de deuda contiene una sumisión expresa a los tribunales de Pamplona), se llega a la aplicación del Derecho civil navarro, de conformidad con el art. 10.2º (*sic*), por remisión de art. 16 Título Preliminar Cc “porque fue la Comunidad Foral el lugar del contrato”.

6. En materia contractual la cuestión de cuál es el plazo de prescripción se plantea también respecto de supuestos que están conectados con la legislación catalana. En algunos supuestos no parece que haya un conflicto de leyes, pero se justifica la aplicación de la legislación catalana por la existencia de algún índice que expresa alguna conexión con dicha ley. Así, en la SAP Barcelona 4ª nº 264/2022, 31 mayo (ECLI:ES:APB:2022:5817), en la que se aplica la prescripción prevista en el art. 121–20 CCCat al tratarse de un “negocio concluido en territorio catalán, y en el que los contratantes también tienen su domicilio en Catalunya (*sic*)” en relación con una acción de responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios, aunque a efectos meramente dialécticos se pone de manifiesto que la acción tampoco hubiera prescrito si hubiera sido de aplicación el plazo 5 años previsto en el art. 1964.2 CC. El criterio, a falta de conflicto de leyes, es, con acierto, el de la eficacia territorial del ordenamiento civil catalán (art. 111–3.1 CCCat). Por el contrario, sin ninguna justificación, la SAP Barcelona 13ª nº 269/2022, 2 junio (ECLI:ES:APB:2022:5748) aplica el plazo de prescripción 3 años establecido en el art. 121–21 CCCat frente a la previsión del art. 1966.3 Cc en una reclamación de cantidad realizada por el cesionario que adquirió una cartera de créditos a una sociedad con domicilio en Madrid con la que el demandado había celebrado un contrato de préstamo. En realidad, la AP no proporciona ningún dato geográfico (de hecho, la sentencia no informa ni que la cedente tuviera el domicilio en Madrid, dato que ha sido obtenido por el relator de esta sección) que permita evaluar la razón por la cual es de aplicación el Derecho catalán, salvo que el demandado, un consumidor tuviera su domicilio en Cataluña (como hemos deducido). Igualmente, sin justificación del motivo que lleva a aplicar el plazo de prescripción previsto en el CCCat, en un supuesto que sigue el mismo patrón (contrato de préstamo, prestador supuestamente con sede social en Madrid, contrato de cesión y ulterior reclamación del cesionario al deudor –en este caso con vecindad civil catalana, conforme se declara en la sentencia–), véase la SAP Barcelona 17ª nº 246/2022 5 mayo (ECLI:ES:APB:

2022:4932) también se acaba aplicando el plazo genérico 10 años previsto en el art. 121-21 CCCat sin que se motive esta aplicación.

7. Otra línea de sentencias que, con el tiempo va aumentar, es la que se refiere a la ley aplicable a la compraventa, habida cuenta de las diferencias sustantivas existentes entre la regulación contenida en el Libro sexto CCCat y el Cc, aunque bien es verdad que no siempre se trate de divergencias muy acentuadas. Las tres sentencias hacen referencia al ejercicio de la *actio quanti minoris* bajo el paraguas de la regulación de la obligación de saneamiento prevista en el Cc con la finalidad de obtener una reducción del precio pagado proporcional a la disminución de valor como consecuencia de los defectos que tiene la cosa adquirida. La cuestión, que suscita actualmente debate en la doctrina y que genera corrientes contrapuestas en la jurisprudencia, es si en apelación cabe aplicar la legislación catalana rectora de la compraventa por parte del tribunal pese a que las partes han planteado el litigio de acuerdo con los términos del Código civil y el juzgado de primera instancia ha resuelto conforme al mal denominado Derecho común y no ha alterado la normativa aplicable. Existe una corriente jurisprudencial que sostiene que corresponde aplicar la ley designada por la norma de conflicto, de modo que, si esta es la catalana, en apelación debe resolverse conforme a la ley que rige la compraventa. Este es el caso de la SAP Barcelona 14^a, nº 140/2022, 10 marzo (ECLI:ES:APB:2022:2972), que acude al art. 10.5 Cc, por remisión del art. 16 Cc, para fijar la ley aplicable y resolver el caso conforme a la ley designada – la catalana –, aunque la demanda se planteó en base al Cc partes. Así lo argumenta la AP (el fundamento es traducido del catalán por quien suscribe): “De conformidad con lo dispuesto en el art. 16.1º Cc español, el hecho de que en España existan varias legislaciones civiles nos obliga a determinar, en los casos que puedan presentar puntos de conexión con diversas normativas, cuál es la aplicable. Dentro del ámbito del derecho de los contratos, las mismas partes pueden adelantar cuál es su preferencia, tal y como dispone el artículo 10.5 del propio Código civil. Ahora bien, en este caso, la escritura pública de venta no contiene pacto alguno de sumisión a ningún régimen normativo. De modo que, de conformidad con esta misma disposición legal, y en la medida en que podemos presumir la vecindad civil catalana de las partes, y que, en último término, y, de ello, estamos seguros, tienen la residencia habitual en Cataluña, debe aplicarse la Ley 3/17, a la que hemos aludido antes. No vale, suscitado el conflicto, optar, con la demanda, por otro orden normativo. No es relevante, por tanto, el hecho de que la demanda se haya articulado en base a la *actio quanti minoris* del Código civil español, aunque ni la otra parte ni la jueza de primera instancia hayan puesto objeción alguna.” Con un razonamiento prácticamente idéntico véase también la SAP Barcelona 14^a nº 675/2022, 24 noviembre (ECLI:ES:APB:2022:14056). A mi juicio, el resultado es correcto. Ahora bien, el planteamiento hubiera sido impecable si hubiera habido algún elemento de heterogeneidad, aunque es oportuno apuntar que el precepto que debiera haber sido aplicado era el art. 10.5º II Cc, de manera que bastaba con establecer que se trata de un contrato relativo a un inmueble y, una vez localizado el inmueble, aplicar la ley del territorio en el que está situado. Además, debe señalarse que, si se hubiera tratado de compraventa de bien mueble, en virtud del art. 10.5º I Cc la sumisión expresa al Cc solo es posible si es expresa y si tiene alguna conexión con el negocio en cuestión, lo que no es posible cuando el supuesto no guarda ninguna relación con el territorio del mal denominado Derecho común. Pero, como decíamos, el supuesto no es interreterritorial. Así, a falta de elemento de heterogeneidad, no era necesario acudir a la norma de conflicto para justificar la aplicación de la ley catalana. En efecto, se trataba de una compraventa de una vivienda situada en Cataluña, celebrada en esta CA, entre partes con presumible vecindad catalana (de hecho, en la segunda de las sentencias no se trata de una presunción, sino de una afirmación) y, en cualquier caso, con residencia habitual en Cataluña. Todos los elementos que configuraban el caso estaban situados en Cataluña, de modo que era un caso puramente doméstico o interno de Derecho civil catalán. Por consiguiente, dado que no procedía aplicar una norma de conflicto porque no hay conflicto de leyes, lo que correspondía era aplicar el Derecho catalán en virtud de su territorialidad (art. 111-3 CCCat) y del principio de aplicación preferente (art. 111-5 CCCat), en este sentido véase R. Barat i Rubio, “L’aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials”

(en prensa, agradezco la gentileza del autor por poder acceder a su trabajo antes de su publicación), que realiza un completo análisis jurisprudencial de la cuestión. No obstante, hay sentencias, como la SAP Lleida 2ª nº 80/2022, 1 febrero (ECLI:ES:APL:2022:87), que aplican el Cc aun cuando era de aplicación el CCCat, y así lo reconocen: “Por último conviene aclarar que atendida la fecha de celebración del contrato de compraventa (28-5-2018), tratándose de un inmueble sito en Tiana (Barcelona) y de dos contratantes con vecindad civil catalana, resultaría de aplicación al caso la normativa prevista en los arts. 621-1 y siguientes del CCCat (Libro VI relativo a las obligaciones y contratos, aprobado por Ley 3/2017, 15 febrero, que entró en vigor el 1 enero 2018) (...)”, pero aplica el CC: “No obstante, la resolución del recurso de apelación se ha efectuado atendiendo a los concretos términos en que se ha planteado la controversia tanto en primera instancia como en esta alzada (conforme a los arts. 1.484 y 1.486 Cc) puesto que la parte actora no ha invocado en ningún momento la regulación prevista en el Libro VI del CCCat (únicamente en fase de conclusiones y resumen de prueba aludió al deber de información por parte del vendedor previsto en el art. 621-7 CCCat), sin que en este ámbito resulte de aplicación el principio *iura novit curia*, debiendo seguir en relación con esta cuestión el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 29 diciembre 2020 (nº 10/2020) en la que se analiza precisamente esta disyuntiva, concluyendo que hay que tener en cuenta el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (STS 1ª 575/2019, de 5 noviembre), no siendo admisible la introducción en el recurso de apelación ni en el de casación de elementos de controversia que han sido ajenos al debate en la primera instancia, desestimando el recurso de casación en el que se alegaba la vulneración, por inaplicación, de la normativa prevista en el Libro VI CCCat dado que el contrato de compraventa se había consumado cuando ya había entrado en vigor el libro VI, argumentando la citada STSJC nº 10/2020 que: “en el presente caso, la aplicación del derecho civil de Catalunya fue indebidamente planteada por la parte entonces apelante en la segunda instancia desbordando el ámbito de la discusión jurídica en que había quedado circunscrita la litis en la primera, pues aunque ciertamente el derecho debe ser aplicado de oficio por los tribunales también lo es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 218.1º párrafo 2º LEC los órganos jurisdiccionales no pueden apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, y es claro que la aplicación del libro VI del CCCat modifica los términos del debate tal y como quedaron planteados en el momento procesal adecuado, con indefensión de la otra parte que no pudo alegar en la audiencia previa lo que tuviera por conveniente sobre las cuestiones ahora controvertidas y ni adaptar su actividad probatoria a las nuevas alegaciones (...)”. En el mismo sentido, la SAP Barcelona 17ª nº 380/2022, 14 julio (ECLI:ES:APB:2022:8683) en la que le basta con dar cuenta de que las partes tienen vecindad civil catalana y que el inmueble está en Cataluña para constatar la aplicabilidad del Derecho catalán: “Aunque ni la sentencia impugnada ni las partes aluden al CCCat, debemos señalar que atendida la fecha de celebración del contrato de compraventa (04/02/2019), tratándose de un inmueble sito en Santa Coloma de Cervelló y de contratantes con vecindad civil catalana, resultaría de aplicación al caso el Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y contratos”. Pero, de nuevo, resuelve el caso conforme al Cc “puesto que la parte actora no ha invocado en ningún momento el Libro VI del CCCat”, continuando su aproximación en similares términos a la antedicha SAP Lleida. No se acaba de entender que no se tenga en cuenta el art. 218 LEC en su integridad, “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, *resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*.”, el destacado es nuestro. En un contexto de pluralidad normativa, aplicar el Derecho que corresponde es una premisa previa, de lo contrario se estaría abonando la fungibilidad absoluta de los Derechos civiles coexistentes en España, lo que se puede plantear, pero solo en supuestos conectados con distintos Derechos civiles y, ello, solo en la medida en que lo prevea la norma de conflicto. Si el supuesto está conectado con un solo Derecho español, éste y no otro es el que debe ser aplicado. Basta con invertir estos supuestos para darse cuenta del alcance de esta

jurisprudencia. Esto es, ¿realmente puede mantenerse que un juez debe resolver un supuesto de acuerdo con el Derecho civil catalán respecto de una compraventa de un inmueble situado en Valladolid –por citar una ciudad situada en territorio de Derecho civil común–, en el que las partes tienen vecindad civil común y residencia habitual en aquella ciudad castellana, simplemente porque las partes han planteado el litigio de acuerdo con las reglas del Libro sexto del CCCat? Sin duda el debate va más allá del conflicto de leyes y del objetivo de esta Crónica, al poner en cuestión las reglas y principios del ordenamiento plurilegislativo, como es el despliegue del principio *iura novit curia* en un ordenamiento plurilegislativo [véase, entre otros puntos, L. Arnau Raventós, “El Dret català de contractes: del Dret aplicable al Dret aplicat” (en prensa, agradezco la gentileza de la autora por poder acceder a su trabajo antes de su publicación)]. Cuestión distinta a la aquí tratada es la de si el factor de interterritorialidad debe ser indagada de oficio (al respecto, *vid.* J.M. Fontanellas Morell, “La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1209–1219).

8. En materia de responsabilidad extracontractual, se aplica el plazo de prescripción de un año contemplado en el art. 1968.2º Cc de la acción aquiliana regulada en el art. 1902 Cc por la AP de Barcelona 11ª en sentencia nº 318/2022, 19 mayo (ECLI:ES:APB:2022:6547) puesto que se atiende al lugar donde ocurre el siniestro, Palma de Mallorca, con independencia de la nacionalidad/vecindad civil de los implicados, con cita del art. 4.1 del Reglamento (CE) 864/07 11/7 del Parlamento Europeo y del Consejo (Roma II) y, “a nivel interno”, del art. 10.9.1 CC. Por consiguiente, se excluye la aplicación del CCCat, “según se infiere, a sensu contrario, del art. 111.3 CCCat”, otorgando a este precepto una función que no le corresponde, ni siquiera contrario sensu. En efecto, dada la presencia de un elemento heterogéneo, el domicilio en Cataluña de las partes demandadas, el supuesto plantea un conflicto interno de leyes y cabe acudir al Título preliminar del Cc (no Reglamento Roma II, que cabe citar a título de ejemplo, pero que no regula los conflictos internos de leyes, ex art. 25.2 RRII) que determina como ley aplicable el Cc estatal de acuerdo con el art. 10.9º Cc, por remisión del art. 16 CC.

9. En materia de derechos reales únicamente cabe mencionar, por una parte, la SAP Alicante 9ª nº 578/2022, 21 noviembre (ECLI:ES:APA:2022:3014), en la que se constata el necesario deslinde entre el régimen económico matrimonial y el derecho de propiedad, dejando claro la AP Alicante que, una vez determinada la titularidad por mitad y proindiviso de sendos inmuebles situados en Elche y Orihuela en virtud del régimen de separación de bienes determinado en aplicación de la ley catalana en virtud del art. 9.2º Cc (vecindad civil catalana por residencia continuada y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con posterioridad al matrimonio), la acción de división de cosa común queda regida por el Cc, si bien no cita el art. 10.1º Cc. Por otra parte, la STSJ Navarra CP 1ª, nº 5/2022, 30 marzo (ECLI:ES:TSJNA:2022:129) aplica el Derecho navarro, después de calificar el contrato objeto de litigio como un contrato que versa sobre el derecho real de uso y habitación, y no como un contrato de arrendamiento, al estar situada la vivienda en Navarra y tener los contratantes común vecindad foral navarra. Se trata pues, de un supuesto puramente interno y quizá por ello el TSJ Navarra no cita norma de conflicto alguna. La SAP Barcelona 16ª nº 228/2022, 17 mayo (ECLI:ECLI:ES:APB:2022:4921), en cambio, en un supuesto relativo a una acción reivindicatoria y a una usucapión, que no parece tener ningún elemento heterogéneo y que, por tanto, no suscita un conflicto de leyes, la AP fundamenta su decisión en Derecho catalán atendiendo al art. 10 Cc, al estar la finca en litigio situada en Cataluña. En el mismo sentido, la SAP Barcelona 14ª nº 740/2022, 22 diciembre (ECLI:ES:APB:2022:14723) aplica el Derecho civil de Cataluña a una reclamación de la comunidad de propietarios por cuotas impagadas a una de las copropietarias en base al art. 10.1º Cc por remisión del art. 16 Cc, pero como sucedía en la anterior resolución, no existe ningún otro elemento que lleve a dudar de la aplicación de la ley catalana, de manera que esta ley se aplica, en realidad, por el criterio de territorialidad proclamado en el art. 111–3.1 CCCat.

10. Una última referencia merece efectuarse respecto a las resoluciones de la DGSJyFP en las que hay una calificación negativa del registrador a la inscripción de la escritura de compraventa debido a cuestiones previas como son el régimen económico matrimonial o la sucesión como expresión del título de propiedad y es por este motivo que el notario debe recoger la manifestación de la parte disponente en relación con el estado civil, el nombre del cónyuge, el régimen económico matrimonial o la sucesión, entre otros extremos. Así, en la RDGSJyFP nº 10784\2022 7 junio (RJ\2022\3187) la calificación negativa se debe a que no consta el nombre del esposo de la disponente que confesó, en el momento de la venta, que los dos inmuebles objeto de venta eran privativos de la disponente. Ello genera un problema puesto que no puede descartarse que la disposición requiera el consentimiento de los herederos forzosos del confesante. No obstante, aunque, dada la vecindad civil gallega que determina la aplicación de la ley gallega a la sucesión, los herederos forzosos no poseen más que un derecho de crédito en condición de derechos legitimarios *pars valoris*, es preciso que se extremen las cautelas y conste el nombre y apellidos del esposo. Por ello, se desestima el recurso. Continuando con las cautelas exigidas al notario y en el marco de la inscripción de una escritura de compraventa de una finca adquirida por herencia y situada en Torrelaveja, la DGSJyFP, en la resolución nº 3981\2022, 28 febrero (RJ\2022\1623), exige la constancia del régimen económico matrimonial de los transmitentes, al estar algunos de ellos casados y poseer la vecindad civil vasca, pese a la manifestación de que las participaciones indivisas en la finca a enajenar lo son con carácter privativo. En este caso, confirmando anteriores resoluciones, la DGSJyFP justifica el requisito por la complejidad derivada de la diversidad de regímenes económico-matrimoniales legales supletorios existentes en el País Vasco, señalando que, si se trata del régimen de comunicación foral, la venta afecta a los derechos de la sociedad conyugal, de conformidad con el art. 135 LDCPV. Parece pues que, en aras a la seguridad jurídica, deberá tenerse en cuenta el régimen económico matrimonial del heredero en el momento de la realización de actos dispositivos sobre el bien adquirido por herencia, haciendo constar el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge de acuerdo con el art. 51.9º.a) RH. Ahora bien, como ha puntualizado la DGSJyFP en resolución nº 2886\2023 20 diciembre (RJ\2023\1339), esta cautela no debe tener un carácter tan estricto que impida la inscripción de una compraventa en la que consta la vecindad civil común de los compradores y se refleje el carácter ganancial del régimen económico matrimonial, sin poner de manifiesto si se trata del régimen legal o convencional. La DGSJyFP estima el recurso al considerar que el notario ya ha desempeñado una labor de indagación sobre el régimen económico matrimonial y ha llegado a la conclusión indubitada sobre cuál sea éste. Se pone además de relieve que un pacto capitular de gananciales otorgado por personas de vecindad civil común es un supuesto excepcional y “precisamente es lo excepcional lo que ha de declararse y no la exclusión de lo ordinario”. Por último, en la RDGSJyFP nº 5416\2022, 15 marzo (RJ\2022\3327), se revoca la calificación del registrador respecto de la inscripción de un “contrato de reserva de vivienda y garaje, habiendo fallecido el concedente de la citada reserva, siendo los bienes troncales y sin que comparezca el posible heredero tronquero”, siendo este último punto el que aquí nos interesa. En efecto, el obstáculo a la inscripción de la compraventa proviene de la falta de comparecencia del pariente tronquero. La DGSJyFP, atendiendo al recurso interpuesto por el notario, puntualiza que en Derecho civil vasco (ley 5/2015) la comparecencia del pariente tronquero en la enajenación del bien troncal no implica instar el acta de declaración de herederos abintestato tronqueros mediante la cual se acredite a quién corresponde la aceptación de la herencia de estos bienes y el cumplimiento del contrato al que se obligó el fallecido. La falta de concurrencia de los parientes tronqueros otorga a dichos parientes una acción de anulabilidad sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años, siendo su ejercicio una facultad del eventual tronquero. Por consiguiente, prospera el recurso.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. SAP Alicante 8ª nº 862/2022, 20 junio. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual Fuente: Aranzadi JUR 2023\16505 ECLI:ES:APA:2022:2130.

PRÉSTAMO BANCARIO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. FALSO CONFLICTO DE LEY. APLICACIÓN CC.

2. SAP Alicante 8ª nº 1145/2022, 19 septiembre. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual Fuente: Aranzadi JUR 2023\24274 ECLI:ES:APA:2022:2342.

PRÉSTAMO BANCARIO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. FALSO CONFLICTO DE LEY. APLICACIÓN CC.

3. SAP Alicante 8ª nº 1303/2022, 25 octubre. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual Fuente: Aranzadi JUR 2023\31133 ECLI:ES:APA:2022:2507.

PRÉSTAMO BANCARIO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. FALSO CONFLICTO DE LEY. APLICACIÓN CC.

4. SAP Cáceres 1ª nº 199/2022, 10 marzo Ponente: Fuente: Aranzadi ECLI:ES:APCC:2022:252.

5. SAP Navarra 3ª nº 167/2022, 16 marzo. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\199837 ECLI:ES:APNA:2022:270.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

6. SAP Navarra 3ª nº 238/2022, 20 abril. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\264853 ECLI:ES:APNA:2022:629.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

7. SAP Navarra 3ª nº 268/2022, 28 abril. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2022\263908 ECLI:ES:APNA:2022:398.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

8. SAP Navarra 3ª nº 391/2022 6 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: JUR 2022\264307 Aranzadi ECLI:ES:APNA:2022:491.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

9. SAP Navarra 3ª nº 444/2022, 16 junio. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2022\263995 ECLI:ES:APNA:2022:582.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

10. SAP Navarra 3ª n° 515/2022 5 julio. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\354045 ECLI:ES:APNA:2022:861.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

11. SAP Navarra 3ª n° 586/2022, 1 septiembre. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\353320 ECLI:ES:APNA:2022:917.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

12. SAP Navarra 3ª n° 608/2022 7 septiembre. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces Fuente: Aranzadi JUR 2023\30053 ECLI:ES:APNA:2022:1472.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

13. SAP Navarra 3ª n° 642/2022, 21 septiembre. Ponente: Rafael Lara González Fuente: Aranzadi JUR 2023\30233 ECLI:ES:APNA:2022:1474.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

14. SAP Navarra 3ª n° 664/2022, 27 septiembre. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2023\29976 ECLI:ES:APNA:2022:1475.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES. DERECHO MERCANTIL. DERECHO COMÚN: DERECHO FORAL NAVARRO.

15. SAP Navarra 3ª n° 65/2022 8 febrero. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\195395 ECLI:ES:APNA:2022:174.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

16. SAP Navarra 3ª n° 82/2022, 16 febrero. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\199647 ECLI:ES:APNA:2022:208.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

17. SAP Navarra 3ª n° 82/2022, 16 febrero. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\199647 ECLI:ES:APNA:2022:208.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

18. SAP Navarra 3ª n° 165/2022, 15 marzo. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\199492 ECLI:ES:APNA:2022:264.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

19. SAP Navarra 3ª n° 183/2022, 23 marzo. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\200169 ECLI:ES:APNA:2022:279.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

20. SAP Navarra 3ª n° 527/2022, 12 julio. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\353726 ECLI:ES:APNA:2022:869.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

21. SAP Navarra 3ª n° 562/2022, 26 julio. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\353319 ECLI:ES:APNA:2022:896.

PRÉSTAMO BANCARIO. ACCIÓN RESTITUTORIA. PLAZO PRESCRIPTIVO. CONFLICTO DE LEYES.

22. SAP Navarra 3ª n° 765/2022, 18 octubre. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2023\22191 ECLI:ES:APNA:2022:1404.

COMRAVENTA. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

23. SAP Navarra 3ª n° 46/2022, 2 febrero. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2022\196163 ECLI:ES:APNA:2022:158.

CONTRATO BANCARIO. ACCIÓN DE NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LOS BONOS. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO EN CUANTO A LOS RIESGOS INHERENTES A ESE PRODUCTO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

24. SAP Navarra 3ª Sentencia num. 842/2022, 15 noviembre. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto Fuente: Aranzadi JUR 2023\22926 ECLI:ES:APNA:2022:1305.

CONTRATO BANCARIO. ACCIÓN DE NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LOS BONOS. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO EN CUANTO A LOS RIESGOS INHERENTES A ESE PRODUCTO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

25. SAP Navarra 3ª n° 337/2022, 16 mayo. Ponente: Edorta J. Etxarandio Fuente: Aranzadi JUR 2022\263679 ECLI:ES:APNA:2022:456.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO. ACUERDO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA. CLÁUSULA PENAL. CONFLICTO DE LEYES. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN FORAL NAVARRA.

26. SAP Barcelona 4ª n° 264/2022, 31 mayo. Ponente: Federico Holgado Madruga Fuente: Aranzadi JUR 2022\244614 ECLI:ES:APB:2022:5817.

CONTRATO BANCARIO. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. FALSO CONFLICTO DE LEYES. EFICACIA TERRITORIAL DEL ORDENAMIENTO CIVIL CATALÁN.

27. SAP Barcelona (Sección 13ª) n° 269/2022, 2 junio. Ponente: Mireia Ríos Enrich Fuente: Aranzadi JUR 2022\244981 ECLI:ES:APB:2022:5748.

CONTRATO DE PRÉSTAMO. ADQUISICIÓN DE UNA CARTERA DE CRÉDITOS. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD REALIZADA POR EL CESIONARIO. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN.

28. SAP Barcelona 17ª nº 246/2022 5 mayo. Ponente: María Sanahuja Buenaventura Fuente: Aranzadi JUR 2022\231498 ECLI:ES:APB:2022:4932.

CONTRATO DE PRÉSTAMO. ADQUISICIÓN DE UNA CARTERA DE CRÉDITOS. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD REALIZADA POR EL CESIONARIO CON VECINDAD CIVIL CATALANA. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN.

29. SAP Barcelona 14ª nº 140/2022, 10 marzo. Ponente: Guillermo Eduardo Arias Boo Fuente: Aranzadi JUR 2022\187826 ECLI:ES:APB:2022:2972.

COMRAVENTA. ACTIO QUANTI MINORIS. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. FALSO CONFLICTO DE LEYES. INVOCACIÓN DEL CC. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN.

30. SAP Barcelona 14ª nº 675/2022, 24 noviembre. Ponente: Guillermo Eduardo Arias Boo Fuente: Aranzadi JUR 2023\35726 ECLI:ES:APB:2022:14056.

COMRAVENTA. ACTIO QUANTI MINORIS. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. FALSO CONFLICTO DE LEYES. INVOCACIÓN DEL CC. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN.

31. SAP Lleida 2ª nº 80/2022, 1 febrero. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda Fuente: Aranzadi JUR 2022\137679 ECLI:ES:APL:2022:87.

COMRAVENTA. ACTIO QUANTI MINORIS. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. FALSO CONFLICTO DE LEYES. INVOCACIÓN DEL CC. NO RIGE EL PRINCIPIO *IURA NOVI CURIA*. APLICACIÓN DEL CC.

32. SAP Barcelona 11ª nº 318/2022, 19 mayo. Ponente: Antonio Gómez Canal Fuente: Aranzadi AC 2022\1785 ECLI:ES:APB:2022:6547.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. CONFLICTO DE LEYES. APLICACIÓN DEL CC.

33. SAP Alicante 9ª nº 578/2022, 21 noviembre. Ponente: José Manuel Valero Díez Fuente: Aranzadi JUR 2023\149234 ECLI:ES:APA:2022:3014.

DELIMITACIÓN DERECHOS REALES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. SEPARACIÓN DE BIENES: LEY CATALANA. ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN: CC.

34. STSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 5/2022, 30 marzo. Ponente: María Esther Erice Martínez Fuente: Aranzadi RJ 2022\2456 ECLI:ES:TSJNA:2022:129.

DERECHOS REALES. CONTRATO SOBRE EL DERECHO REAL DE USO Y HABITACIÓN NO ES ARRENDAMIENTO. FALSO CONFLICTO DE LEYES.

35. SAP Barcelona 16ª nº 228/2022, 17 mayo. Ponente: Juan Ignacio Calabuig Alcalá del Olmo Fuente: Aranzadi JUR 2022\245825 ECLI:ES:APB:2022:4921.

DERECHOS REALES. ACCIÓN REIVINDICATORIA Y USUCAPIÓN. FALSO CONFLICTO DE LEYES.

36. SAP Barcelona 14ª nº 740/2022, 22 diciembre. Ponente: Antonio José Martínez Cendan
Fuente: Aranzadi JUR 2023\57120 ECLI:ES:APB:2022:14723.

DERECHOS REALES. RECLAMACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR CUOTAS IMPAGADAS. FALSO CONFLICTO DE LEYES. EFICACIA TERRITORIAL DEL CCCAT.

37. RDGSJyFP nº 10784\2022 7 junio. Fuente: Aranzadi RJ\2022\3187.

SUCESIÓN. COMPRAVENTA. NECESIDAD DE QUE CONSTE EL NOMBRE DEL ESPOSO DE LA DISPONENTE. CARÁCTER PRIVATIVO DE LOS INMUEBLES: CONFESIÓN DEL ESPOSO. CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS FORZOSOS DEL CONFESANTE. VECINDAD CIVIL GALLEGA DEL CAUSANTE. APLICACIÓN DE LA LEY GALLEGA A LA SUCESIÓN. HEREDEROS FORZOSOS: DERECHO DE CRÉDITO "PARS VALORIS".

38. Res. DGSJyFP nº 3981/2022, 28 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1623.

NECESIDAD DE QUE EN LA ESCRITURA DE VENTA DE LA PROPIEDAD CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO CUANDO ÉSTE PUEDE SER EL DE COMUNICACIÓN FORAL VASCA. VECINDAD CIVIL VASCA DE UNO DE LOS INTERVINIENTES.

39. Res. DGSJyFP nº 2886/2022, 20 diciembre. Fuente: Aranzadi RJ\2023\1339.

NECESIDAD DE QUE EN LAS ESCRITURAS DE COMPRAVENTA CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS COMPRADORES, INDICÁNDOSE DE SI SE TRATA DEL RÉGIMEN LEGAL O CONVENCIONAL. DETERMINACIÓN DEL DERECHO RECTOR DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

40. Res. DGSJyFP nº 5416\2022, 15 marzo. Fuente: Aranzadi RJ\2022\3327.

SUCESIÓN. COMPRAVENTA. LEY VASCA. NO SE REQUIERE LA COMPARECENCIA DEL POSIBLE HEREDERO TRONQUERO.

Sucesiones

Albert FONT I SEGURA*

1. Como es sabido es especialmente en materia sucesoria donde la vecindad civil adquiere un protagonismo estelar. Si bien se trata de una conexión que está también presente en otros ámbitos, señaladamente para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio, es en materia sucesoria donde despliega, en solitario, todo su potencial. Sin perjuicio de los problemas que presenta, la vecindad civil es una conexión arraigada en la práctica jurídica hasta el punto de que se invoca sin necesidad de aplicar la norma de conflicto (art. 9.8º Cc) e, incluso, se considera sin necesidad de que exista un conflicto de leyes, especialmente en aquellos territorios distintos al territorio de Derecho civil común. En efecto, se hace mención de la vecindad civil, sin que aparentemente haya un conflicto de leyes, en las siguientes sentencias: SAP A Coruña 3ª nº 307/2022, 20 julio (ECLI:ES:APC:2022:1981), SAP de Álava 1ª nº (ECLI:ES:APVI:2022:499), SAP Barcelona 1ª nº 452/2022, 16 septiembre (ECLI:ES:APB:2022:9835), SAP Barcelona 1ª nº 540/2022, 14 noviembre (ECLI:ES:APB:2022:14023) si bien –como elemento heterogéneo– consta que el causante poseía, entre otros bienes, fincas en Huesca, SAP Barcelona 4ª nº 367/2022, 15 julio (ECLI:ES:APB:2022:8663), SAP Guipúzcoa 2ª nº 232/2022, 28 marzo (ECLI:ES:APSS:2022:28), AAP de Ourense 1ª nº 204/2022 4 noviembre (ECLI:ES: APOU:2022:717ª), SAP Vizcaya 3ª nº 27/2022, 26 enero (ECLI:ES:APBI:2022:10), SAP Vizcaya 3ª nº 148/2022 7 abril (ECLI:ES:APBI:2022:887) –acreditada la vecindad vizcaína aforada por residencia–, SAP Vizcaya 5ª nº 337/2022, 12 diciembre (ECLI:ES:APBI:2022:2915) –vecindad civil no aforada del causante, tanto al fallecer como cuando hizo donación–, SAP Zaragoza 4ª nº 111/2022 6 abril (ECLI:ES:APZ:2022:1225), STSJ Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 20/2022 8 abril (ECLI:ES:TSJCAT:2022:3870), STSJ Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Especial) nº 1/2022, 12 enero (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2), STSJ de País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 10/2022, 23 junio (ECLI:ES:TSJPV:2022:1217) –si bien hay un conflicto intertemporal, la causante mantuvo la misma vecindad, ayalesa al otorgar testamento, vasca ayalesa al fallecer–. Por otra parte, se hace mención de la vecindad civil, así como de los arts. 9.1, 9.8 y 16 Cc, pero no hay conflicto de leyes, en las siguientes resoluciones: AAP de Barcelona 11ª nº 240/2022, 22 julio (ECLI:ES:APB:2022:7419ª), SAP Barcelona 11ª nº 347/2022 9 mayo (ECLI:ES:APB:2022:6261), SAP Barcelona 11ª nº 370/2022 4 julio (ECLI:ES:APB:2022:7383), SAP Lugo 1ª nº 280/2022, 21 abril (ECLI:ES:APLU:2022:401) y SAP Lugo 1ª nº 614/2022, 2 noviembre (ECLI:ES:APLU:2022:911) – en las que no se cita el art. 9, pero se citan los arts. 14 y 16 Cc–. Un caso aparte es la SAP Barcelona 4ª nº 498/2022 4 noviembre (ECLI:ES: APB:2022:12147) ya que, si bien es cierto que simplemente se menciona la vecindad civil del causante, común en este caso, y ello basta para aplicar el Cc en relación con los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia, cabe sospechar que se trata de un supuesto que suscita un conflicto de leyes ya que el procedimiento se cursa en Barcelona y el causante poseía vecindad civil común. También como caso singular cabe aportar aquí los autos de la AP de Madrid 14ª Auto nº 98/2022, 30 marzo (ECLI:ES:APM:2022:2246A) y de la AP de Madrid 14ª Auto num. 178/2022, 1 junio (ECLI:ES:APM:2022:3250ª) en un procedimiento de ejecución despachado contra una persona fallecida durante la tramitación de dicho procedimiento en el que se aporta por sus sucesores escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de la causante, en la que consta su aceptación a beneficio de inventario. La cuestión relevante es que se tiene en consideración la vecindad civil de la causante, aragonesa, a efectos de determinar la aceptación de la herencia, dado que el heredero designado en testamento no es sucesor del difunto mientras no acepte la

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

herencia. No obstante, el motivo opuesto por los sucesores decae dado que, como se ha dicho, los herederos aportaron al procedimiento escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de la causante. Nuevamente, aunque simplemente se menciona la vecindad civil del causante, aragonesa en este caso, y ello basta para aplicar el CDCFA en relación con los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia, cabe sospechar que se trata de un supuesto que suscita un conflicto de leyes ya que el procedimiento se cursa en Madrid y la causante poseía vecindad civil aragonesa. Es interesante, por otra parte, en relación también con la aceptación de la herencia y sus efectos, citar la Res. DGSJyFP 26 septiembre (RJ\2022\334613) en la medida en que, pese a aplicar la legislación navarra, efectúa un repaso de las distintas regulaciones existentes en España porque pone de manifiesto la variedad y riqueza de matices que tal divergencia genera.

2. No obstante, pese a las virtudes que puede tener la vecindad civil, su aplicación no está exenta de problemas, tanto en materia sucesoria como en otros ámbitos, señaladamente en materia de efectos del matrimonio. Así se ha puesto de manifiesto periódicamente en esta Crónica en la que siempre se ha dedicado una sección a la vecindad civil. El factor que mayores problemas causa es la determinación de la vecindad civil en los supuestos en los que, por el transcurso de diez años residendo habitualmente, se adquiere *ipso iure* –usualmente de modo inadvertido y no siempre de modo deseado– la vecindad civil del territorio en el que se ha estado residiendo. En este sentido, puede llevarse a colación la SAP Islas Baleares 3ª nº 211/2022, 16 mayo (ECLI: ECLI:ES:APIB:2022:1231) en la que se ejercita una acción de suplemento de legítima con fundamento en el art. 815 Cc a la que la sucesora del causante se opone por entender que tal acción ha prescrito por haber transcurrido el plazo de quince años previsto en el Derecho catalán (invocando el art. 378 del Código de sucesiones, teniendo en consideración la fecha de la defunción). Evidentemente, el aspecto sobre el que no hay acuerdo reside en la vecindad civil del causante al fallecer, si poseía la vecindad civil balear, la acción no ha prescrito, mientras que, si se acredita que continuaba poseyendo la vecindad civil catalana, la acción habría prescrito. Se trata pues de una cuestión fáctica que debe ser sometida a prueba con el fin de determinar si el causante adquirió por residencia continuada la vecindad balear al no haber efectuado declaración en contrario ante el Registro Civil. La acción no prospera al no quedar acreditada esta continuidad de conformidad con el art. 14 Cc, teniendo en cuenta que la ley rectora de la sucesión es la de la vecindad civil en el momento de su fallecimiento de conformidad con los arts. 9 y 16 Cc, hubiera perdido la vecindad civil catalana para adquirir la balear. No obstante, la prueba para la determinación de la vecindad civil en el presente caso no debió de ser absolutamente convincente. Por eso, el tribunal recuerda que el art. 14.6 Cc establece que, en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, es decir, la catalana por cuanto el causante nació en Barcelona. También cabe dar noticia de la SAP Alicante (Sección 6ª) nº 315/2022 7 diciembre (ECLI:ES:APA:2022:3147), en la que la causante, sin saberlo, había adquirido ya la vecindad civil común al otorgar testamento. Evidentemente, la manifestación en el testamento de que posee la vecindad civil catalana y su deseo de que su sucesión se rija por la ley catalana no encuentra acomodo en el art. 9.8º Cc y así lo declara la AP Alicante. La sentencia, que resuelve correctamente el supuesto, pone, sin embargo, en evidencia dos cuestiones. Por una parte, muestra los defectos de la adquisición automática de la vecindad civil, por cuanto lleva en muchas ocasiones a tener que probar el lugar de residencia habitual, lo que no siempre es fácil. Pero, sobre todo, porque no siempre hay consciencia del cambio de vecindad civil ni de las consecuencias que esta modificación puede tener. Por otra, expone los defectos derivados del art. 9.8º Cc cuya rigidez no permite sostener comparación alguna con el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, aunque en este supuesto la causante no poseía vecindad civil distinta a la poseída al fallecer. En el supuesto, el hecho de que la sucesión quede regida por el Derecho civil común, en lugar del Derecho catalán, tiene obvias consecuencias, entre otras cuestiones, para la fijación de la legítima. En otras sentencias, este cambio inadvertido provoca resolver supuestos en los que el testamento se otorgó poseyendo una vecindad civil distinta a la poseída al fallecer. Así, en la SAP Badajoz 2ª nº 199/2022, 14 marzo (ECLI:ES:APBA:2022:379) la demandante

ejercita acción de impugnación de legado basando su demanda en el Cc al considerar que al fallecer el causante poseía vecindad civil común, pese a que otorgó testamento con vecindad civil catalana. Por ello, la vivienda legada estaba sujeta a reserva hereditaria de conformidad con el Derecho civil común. La distinción entre uno y otro momento, el del otorgamiento del testamento y el del fallecimiento, es también relevante en la SAP Barcelona 14ª nº 697/2022, 1 diciembre (ECLI:ES:APB:2022:14756) que resuelve un litigio relativo a la declaración de nulidad de un testamento por falta de la aptitud necesaria de la testadora, con vecindad civil común, que fallece con vecindad civil catalana. Sin citar, el art. 9.8 Cc –ni la remisión prevista en el art. 16 CC–, el tribunal aplica el Cc teniendo a la vecindad civil como guía orientadora para la determinación de la ley aplicable a la capacidad para testar (“s’ha d’apreciar la seva capacitat per testar segons la seva llei personal en el moment de l’atorgament”) y confirma la nulidad del testamento. Un caso particular, del que ya se ha dado noticia en Crónicas anteriores, es el del conflicto intertemporal producido en el País Vasco como consecuencia de la adopción de la Ley 5/2015 de Derecho Civil del País Vasco en la que se introduce la vecindad vasca. No es nada raro, que dada la profunda modificación que esta nueva vecindad introduce, haya supuestos en los que se produzca un conflicto entre la ley que rige el testamento y la ley que rige la sucesión. Este es el caso de la SAP Vizcaya 3ª nº 239/2022, 20 mayo (ECLI:ES:APBI:2022:1245) en la que la causante con vecindad civil común otorgó testamento desheredando a uno de sus hijos que comparece ante el tribunal solicitando la nulidad del testamento y reclamando, subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de desheredación y la legítima prevista en el CC. La AP de Vizcaya, en atención a la vecindad civil vasca poseída al fallecer y a la aplicación de la LDCV de conformidad con su art. 10, concluye que el demandante no tiene derecho a percibir su legítima, considerando que fue tácitamente apartado de ella por la causante (art. 48.2º Ley 5/2015), vigente en el momento de su fallecimiento, pero no en el momento de otorgarse el testamento. Así, se declara el apartamiento de la legítima pese a que la causante, al entrar en vigor la LDCV, pudo cambiar el testamento para prever el apartamiento, pero se interpreta que, con la desheredación, y al no haberlo nombrado en el testamento, se quiso apartar al hijo del caudal relicto. La voluntad de la testadora se interpreta a la luz de la *lex successionis*, cuyo ámbito alcanza al sistema legitimario. Exactamente en el mismo sentido, aunque algo más extrema puesto que no hay desheredación, se mueve la SAP Vizcaya 5ª nº 81/2022, 22 marzo (ECLI:ES:APBI:2022:718). Se trata también de un conflicto intertemporal en las mismas condiciones que el anterior supuesto. Sucede, sin embargo, que en el testamento otorgado por la causante, se lega al hijo lo que por legítima estricta o corta le corresponda, mientras que, en el remanente, instituye heredera de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuras a su hija. La cuestión está en interpretar si esta voluntad, expresada en un momento en el que se ostentaba vecindad civil común, supone un apartamiento tácito conforme a la LDCV, dada la vecindad civil vasca ostentada al fallecer. La AP de Vizcaya concluye, teniendo presente las declaraciones de los testigos, que la voluntad de la causante al fallecer era apartar al hijo y “con ello nada dejarle” conforme a la ley foral vigente a la fecha de su fallecimiento, aplicable en virtud del art. 9.8º Cc. De nuevo, se interpreta la voluntad de la testadora a la luz de la *lex successionis*, aunque aquí para desentrañar la voluntad de la causante “cuando falleció”. Sin tener tanta trascendencia, merece la pena dar cuenta del conflicto intertemporal producido también a raíz de la LDCV en el supuesto resuelto por la STSJ País Vasco Civ 1ª nº 10/2022, 23 junio (ECLI:ES:TSJPV:2022:1217), pero en este caso no hubo propiamente cambio en la vecindad civil, ya que más allá de la adquisición de la vecindad civil vasca, la causante tanto al otorgar testamento, como al efectuar las donaciones, como al fallecer, era ayalesa. Se trata, por tanto, de interpretar si, conforme a los arts. 89 y 90 LDCV hubo apartamiento tácito del hijo demandante al no ser designado en aquellas donaciones, de modo que no son colacionables. Sobre los problemas generados en el rico crisol vasco, véase también la Res. DGSJyFP 29 julio (RJ\2023\571) en la que entra en juego la naturaleza de la legítima como *pars valoris bonorum* en una sucesión de causante con vecindad civil vasca y vecindad local guipuzcoana.

3. Igualmente, resulta fundamental distinguir la ley aplicable a la sucesión de la que rige los efectos del matrimonio. En la SAP Guadalajara 1ª nº 329/2022, 30 junio (ECLI:ES:APGU:2022:

500) adquiere relevancia la ley que rige la sucesión en la medida en que, si ésta es la aragonesa, condiciona la liquidación del consorcio conyugal si, como en el supuesto, la esposa del causante había establecido una fiducia en testamento mancomunado realizado conforme al Derecho aragonés que autorizaba al causante para disponer de la totalidad de los bienes como tuviera por conveniente por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Así, en un litigio relativo a la fijación del caudal relicto, “la inclusión de bienes comunes en la mitad indivisa dentro del inventario de los bienes del causante, tendría sentido desde la vecindad civil aragonesa y desde la ejecución de la fiducia”, como indica el tribunal. De acuerdo con el planteamiento del tribunal, que tiene presente los arts. 16 Cc, 9.1º Cc y 9.8º Cc, atendida la vecindad civil al contraer matrimonio y al fallecer, “Los cónyuges estaban sujetos al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. Testaron en Aragón manifestando su vecindad aragonesa, y conforme a lo expuesto ha de entenderse que el causante falleció, al igual que su esposa, teniendo vecindad civil aragonesa, y por tanto será el derecho aragonés el que ha de regir en su sucesión”. Por otra parte, relacionado con los límites entre la materia sucesoria y la matrimonial, cabe introducir las Resoluciones de la DGSJyFP [2 febrero (RJ\2022\1654), 6 abril (RJ\2022\2448), 28 febrero (RJ\2022\1623) y 29 julio (JUR\2022\270197)] en la que se suscita la cuestión de la consignación del régimen matrimonial, nombre y apellidos del cónyuge y vecindad civil, exigiendo la constancia del régimen económico matrimonial cuando se trata de personas con vecindad civil vasca conforme a la doctrina mantenida por este órgano de la que se da también información en la sección de Obligaciones y contratos, conforme a la cual se justifica el requisito por la complejidad derivada de la diversidad de regímenes económico-matrimoniales legales supletorios existentes en el País Vasco, señalando que, si se trata del régimen de comunicación foral, el negocio jurídico afecta a los derechos de la sociedad conyugal, de conformidad con el art. 135 LDCPV, de ahí la exigencia establecida por la DGSJyFP.

4. La ley aplicable a la sucesión abarca todo el *iter* sucesorio, incluyendo el orden de suceder en la herencia intestada. Este punto puede ser determinante dado que, en Cataluña, a falta de descendientes, la herencia se defiende al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente (art. 442-3,2 CCCat). Por ello, en la SAP Barcelona 1ª Sentencia nº. 579/2022, 12 diciembre (ECLI:ES:APB:2022:14332) la controversia giraba en torno a la ley aplicable a la sucesión y a la existencia de pareja estable. De este modo, el tribunal determina la ley aplicable conforme al art. 9 Cc, por remisión del art. 16 Cc, lo que le obliga a precisar la vecindad civil del finado conforme al art. 14 Cc, llegando a la conclusión de que la sucesión debe regirse por la ley catalana y, por consiguiente, la herencia debe adjudicarse a la conviviente en pareja estable, aun cuando posea la nacionalidad dominicana, si es que efectivamente puede calificarse como tal, cuestión que forma parte del segundo aspecto en el que se centraba el litigio. En el CCCat (art. 234-2 CCCat) basta con la convivencia en comunidad análoga a la matrimonial de dos años ininterrumpidos para considerar que se trata de una pareja estable. Dado que el tribunal considera probado que se da este requisito, cuestión que es motivo de pleito entre las partes, se otorga a la demandante la plena condición de heredera frente a los demandados que habían sido declarados herederos abintestato en virtud del acta de notoriedad otorgada ante notario antes del inicio del procedimiento que dio lugar a la referida sentencia. El mismo problema se plantea en la SAP Barcelona 16ª Sentencia nº 107/2022 8 marzo (ECLI:ES:APB:2022:3150): causante con vecindad civil catalana, supuesta pareja estable, herencia intestada. En este caso la discrepancia se suscita también respecto a la consideración de pareja estable, ya que el actor, que pretendía la declaración de heredero abintestato, tenía la residencia en Cantabria, mientras que la difunta residía en Cataluña. No obstante, atendida la prueba presentada el tribunal acaba concluyendo que el actor fue la pareja estable de la fallecida y, por tanto, le declara heredero abintestato, a falta de descendientes, de la fallecida.

5. Otro de los ámbitos en los que debe haber un deslinde es el de la frontera entre la ley aplicable a las facultades atribuidas al tutor y la ley aplicable a la herencia, como se muestra en dos resoluciones de la DGSJyFP. La resolución 27 octubre (RJ\2022\337854) plantea si en la escritura de aceptación de herencia por parte de la tutora en nombre propio y de su representado

debe aplicarse la ley catalana, atendida la vecindad civil de los herederos, que no exige aprobación judicial en caso de conflicto de intereses dado que el art. 222-43.1 CCCat especifica de forma expresa los actos para los que los tutores necesitan autorización judicial, entre los que no están las operaciones realizadas mediante la escritura calificada, de manera que no es necesaria la autorización judicial, ni tampoco para las operaciones de partición y posterior adjudicación. Todo ello pese a que el inmueble está situado en Andalucía, lo que justifica la competencia de la DGSJyFP, tal como se especifica con carácter previo en la resolución. Mucho más interesante quizá es la RDGSJyFP 31 mayo (RJ\2022\3343) también relativa a inscripción de una escritura de partición de herencia aceptada por el tutor en nombre de su representado en la que se plantea si es necesaria la autorización judicial. La sucesión estaba regida por la ley de la vecindad civil del causante al fallecer (art. 9.8º Cc), lo que conducía a la ley catalana, mientras que las medidas de apoyo estaban regidas por la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad (art. 9.6 Cc), lo que conducía al Cc puesto que el heredero residía en Bermeo. El elemento que se ponía en cuestión es si debía exigirse la autorización judicial, prevista en el art. 287 Cc (aunque solo si se acepta sin beneficio de inventario), en cuanto ley rectora de las medidas de apoyo, o si ésta era innecesaria puesto que la aceptación regulada por la ley catalana, en cuanto ley rectora de la sucesión, establece que “las personas puestas en tutela o curaduría” disfrutan *ope legis* del beneficio de inventario, de acuerdo con el art. 461.16 CCCat, con lo que el patrimonio de la persona con discapacidad queda ya protegido. Se trata de una cuestión calificatoria que, a diferencia del criterio seguido por la DGSJyFP que considera que “es indudable que la aceptación de la herencia pertenece al ámbito de la ley reguladora de la sucesión, que es la catalana”, a juicio de quien suscribe debería haberse resuelto en aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad puesto que si bien es evidente que la aceptación de la herencia queda dentro del ámbito de la ley sucesoria, la autorización judicial, el beneficio de inventario o cualquier otra medida son especialmente concebidas en atención de la discapacidad sin ser propias de la aceptación de la herencia. Otra cosa es que el art. 9.6º II Cc no se adapte al tráfico interregional y que debería valorarse la adopción de una norma de conflicto materialmente orientada que permitiera evaluar los beneficios que reportara la aplicación de una u otra ley española en el caso concreto (sobre todo ello, véase A. Font i Segura, “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *La Ley Derecho de familia*, número monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, 2021, nº 31, julio-septiembre).

6. Se quiere dejar breve constancia, por fin, de dos resoluciones relacionadas con la institución del pacto sucesorio. La primera es la STSJ Islas Baleares CP 1ª nº 3/2022, 29 septiembre (ECLI:ECLI:ES:TSJBAL:2022:1155) cuyo único interés reside, a los efectos de esta Crónica, en la consciencia existente de que esta es una institución admitida en todos los Derechos civiles coexistentes en España salvo en el Derecho civil estatal, por ello, en un supuesto regido por el Derecho balear, destaca que se otorga un pacto sucesorio entre el padre y sus hijos, « como rectificación al pacto sucesorio anterior, "dado que Doña Camino carece de la vecindad civil de las Islas Baleares" ». La otra resolución que se quiere citar es la RDGSJyFP 20 enero (RJ\2022\1218) que va más allá de los conflictos internos de leyes al tratarse de un supuesto de remisión a un sistema plurilegislativo en el marco del Reglamento 650/2012. Basta con remitirse a la tan acerada como acertada crítica efectuada por Álvarez González, S., “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJyFP 20 enero 2022”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, nº 1, 2022, pp. 1-34, para que el lector se dé cuenta de los errores cometidos por la DG en su argumentación.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. SAP A Coruña 3ª nº 307/2022, 20 julio. Ponente: César González Castro Fuente: Aranzadi JUR 2022\308844 ECLI:ES:APC:2022:1981.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

2. SAP de Álava 1ª nº 245/2022, 3 marzo. Ponente: Emilio Ramón Villalaín Ruiz Fuente: Aranzadi JUR 2022\270225 ECLI:ES:APVI:2022:499.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

3. SAP Barcelona 1ª nº 452/2022, 16 septiembre. Ponente: Mª Teresa Martín de la Sierra García-Fogeda Fuente: Aranzadi JUR 2022\328627 ECLI:ES:APB:2022:9835.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

4. SAP Barcelona 1ª nº 540/2022, 14 noviembre. Ponente: Amelia Mateo Marco Fuente: Aranzadi JUR 2023\35612 ECLI:ES:APB:2022:14023.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. CONFLICTO DE LEYES.

5. SAP Barcelona 4ª nº 367/2022, 15 julio. Ponente: Francisco de Paula Puig Blanes Fuente: Aranzadi JUR 2022\311309 ECLI:ES:APB:2022:8663.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

6. SAP Guipúzcoa 2ª nº 232/2022, 28 marzo. Ponente: Iñigo Suárez Odriozola Fuente: Aranzadi JUR 2022\150977 ECLI:ES:APSS:2022:28.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

7. AAP Ourense 1ª nº 204/2022 4 noviembre. Ponente: María del Pilar Domínguez Comesaña Fuente: Aranzadi JUR 2023\208870 ECLI:ES:APOU:2022:717A.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

8. SAP Vizcaya 3ª nº 27/2022, 26 enero. Ponente: María Concepción Marco Cacho Fuente: Aranzadi JUR 2022\150896 ECLI:ES:APBI:2022:10.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

9. SAP Vizcaya 3ª nº 148/2022 7 abril. Ponente: Ángel Manuel Merchán Marcos Fuente: Aranzadi JUR 2022\298243 ECLI:ES:APBI:2022:887.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

10. SAP Vizcaya 5ª nº 337/2022, 12 diciembre. Ponente: María Elisabeth Huerta Sánchez Fuente: Aranzadi JUR 2023\202203 ECLI:ES:APBI:2022:2915.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL NO AFORADA DEL CAUSANTE, TANTO AL FALLECER COMO CUANDO HIZO DONACIÓN.

11. SAP Zaragoza 4ª n° 111/2022 6 abril. Ponente: María Jesús Gracia Muñoz Fuente: Aranzadi JUR 2022\243825 ECLI:ES:APZ:2022:1225.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

12. STSJ Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) n° 20/2022 8 abril. Ponente: Fernando Lacaba Sánchez Fuente: Aranzadi RJ 2022\3582 ECLI:ES:TSJCAT:2022:3870.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

13. STSJ Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Especial) n° 1/2022, 12 enero. Ponente: José Mª Gómez y Díaz-Castroverde Fuente: Aranzadi RJ 2022\1245 ECLI:ES:TSJGAL:2022:2.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL.

14. STSJ País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) n° 10/2022, 23 junio. Ponente: Ignacio José Subijana Zunzunegui Fuente: Aranzadi RJ 2022\3575 ECLI:ES:TSJPV:2022:1217.

SUCESIÓN. PAÍS VASCO. CONFLICTO INTERTEMPORAL DE LEYES. VECINDAD CIVIL AYALESA AL OTORGAR TESTAMENTO Y VECINDAD VASCA AYALESA AL FALLECER.

15. AAP Barcelona 11ª n° 240/2022, 22 julio. Ponente: Antonio Gómez Canal Fuente: Aranzadi JUR 2023\125912 ECLI:ES:APB:2022:7419A.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONFLICTUAL.

16. SAP Barcelona 11ª n° 347/2022 9 mayo. Ponente: Antonio Gómez Canal Fuente: Aranzadi JUR 2022\248916 ECLI:ES:APB:2022:6261.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONFLICTUAL.

17. SAP Barcelona 11ª n° 370/2022 4 julio. Ponente: Antonio Gómez Canal Fuente: Aranzadi JUR 2022\282699 ECLI:ES:APB:2022:7383.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONFLICTUAL.

18. SAP Lugo 1ª n° 280/2022, 21 abril. Ponente: Ana María Barral Picado Fuente: Aranzadi JUR 2022\230077 ECLI:ES:APLU:2022:401.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONFLICTUAL.

19. SAP Lugo 1ª n° 614/2022, 2 noviembre. Ponente: Sandra María Piñeiro Vilas Fuente: Aranzadi JUR 2022\378355 ECLI:ES:APLU:2022:911.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONFLICTUAL.

20. SAP Barcelona 4ª n° 498/2022 4 noviembre. Ponente: Francisco de Paula Puig Blanes Fuente: Aranzadi JUR 2022\375950 ECLI:ES:APB:2022:12147.

SUCESIÓN. VECINDAD CIVIL COMÚN DEL CAUSANTE.

21. AAP Madrid 14ª n° 98/2022, 30 marzo. Ponente: Paloma García de Ceca Fuente: Aranzadi JUR 2023\57313 ECLI:ES:APM:2022:2246A.

SUCESIÓN. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO. VECINDAD CIVIL ARAGONESA DE LA CAUSANTE, ARAGONESA.

22. AAP de Madrid 14ª Auto num. 178/2022, 1 junio. Ponente: Paloma García de Ceca Fuente: Aranzadi JUR 2023\88444 ECLI:ES:APM:2022:3250A.

SUCESIÓN. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO. VECINDAD CIVIL ARAGONESA DE LA CAUSANTE, ARAGONESA.

23. Res. DGSJyFP n° 17565\2022, 26 septiembre. Fuente: Aranzadi RJ\2022\334613.

ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. LEGISLACIÓN NAVARRA. DERECHO COMPARADO ENTRE LAS DISTINTAS REGULACIONES EXISTENTES EN ESPAÑA.

24. SAP Islas Baleares 3ª n° 211/2022, 16 mayo. Ponente: Jaime Gibert Ferragut Fuente: Aranzadi JUR 2022\266953 ECLI:ES:APIB:2022:1231.

SUCESIÓN. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. ADQUISICIÓN AUTOMÁTICA POR EL TRANSCURSO DE RESIDENCIA HABITUAL DE DIEZ AÑOS. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL EN CASO DE DUDA.

25. SAP Alicante (Sección 6ª) n° 315/2022 7 diciembre. Ponente: Encarnación Caturia Juan Fuente: Aranzadi JUR 2023\211251 ECLI:ES:APA:2022:3147.

SUCESIÓN. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. *PROFESSIO IURIS*. LEY APLICABLE AL MOMENTO DE OTORGAR TESTAMENTO Y AL MOMENTO DE FALLECER.

26. SAP Badajoz 2ª n° 199/2022, 14 marzo. Ponente: Casiano Rojas Pozo Fuente: Aranzadi JUR 2022\179987 ECLI:ES:APBA:2022:379.

SUCESIÓN. CONFLICTO DE LEYES. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL MOMENTO DE OTORGAR EL TESTAMENTO. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO.

27. SAP Barcelona 14ª n° 697/2022, 1 diciembre. Ponente: Guillermo Eduardo Arias Boo Fuente: Aranzadi JUR 2023\71558 ECLI:ES:APB:2022:14756.

SUCESIÓN. CAPACIDAD PARA TESTAR. CONFLICTO DE LEYES.

28. SAP Vizcaya 3ª n° 239/2022, 20 mayo. Ponente: Marcos Francisco Bermudez Ávila Fuente: Aranzadi JUR 2022\312258 ECLI:ES:APBI:2022:1245.

SUCESIÓN. DESHEREDACIÓN. CONFLICTO DE LEYES INTERTEMPORAL. PAÍS VASCO.

29. SAP Vizcaya 5ª n° 81/2022, 22 marzo. Ponente: Leonor Ángeles Cuenca García Fuente: Aranzadi JUR 2022\273062 ECLI:ES:APBI:2022:718.

SUCESIÓN. VOLUNTAD DE LA TESTADORA. APARTAMIENTO TÁCITO. CONFLICTO DE LEYES INTERTEMPORAL. PAÍS VASCO.

30. STSJ País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 10/2022, 23 junio. Ponente: Ignacio José Subijana Zunzunegui Fuente: Aranzadi RJ 2022\3575 ECLI:ES:TSJPV:2022:1217.

SUCESIÓN. DONACIÓN. COLACIÓN. CONFLICTO DE LEYES INTERTEMPORAL. PAÍS VASCO.

31. Res. DGSJyFP nº 134344/2022, 29 julio. Fuente: Aranzadi RJ\2023\571

SUCESIÓN. LEY VASCA. VECINDAD CIVIL VASCA. VECINDAD LOCAL GUIPUZCOANA.

32. SAP Guadalajara 1ª nº 329/2022, 30 junio. Ponente: Susana Fuertes Escribano Fuente: Aranzadi JUR 2022\304851 ECLI:ES:APGU:2022:500.

SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: DISTINCIÓN. CONFLICTO DE LEYES.

33. Res. DGSJyFP nº 2822/2022, 2 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1654.

SUCESIÓN. NECESIDAD DE QUE CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL VASCA. POSIBLE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

34. Res. DGSJyFP nº 6658/2022 6 abril. Fuente: Aranzadi RJ\2022\2448.

SUCESIÓN. NECESIDAD DE QUE CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL VASCA. POSIBLE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

35. Res. DGSJyFP nº 3981/2022, 28 febrero Fuente: Aranzadi RJ\2022\1623.

SUCESIÓN. NECESIDAD DE QUE CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL VASCA. POSIBLE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

36. Res. DGSJyFP nº 134340/2022, 29 julio Fuente: Aranzadi JUR\2022\270197.

SUCESIÓN. NECESIDAD DE QUE CONSTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL VASCA. POSIBLE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

37. SAP Barcelona 1ª nº 579/2022, 12 diciembre. Ponente: Maria Dolors Portella Lluch Fuente: Aranzadi JUR 2023\44553 ECLI:ES:APB:2022:14332.

SUCESIÓN INTESADA. ORDEN DE SUCEDER. PAREJA ESTABLE. CONFLICTO DE LEYES.

38. SAP Barcelona 16ª nº 107/2022 8 marzo. Ponente: Ramon Vidal Carou Fuente: Aranzadi JUR 2022\188502 ECLI:ES:APB:2022:3150.

SUCESIÓN INTESADA. ORDEN DE SUCEDER. PAREJA ESTABLE. CONFLICTO DE LEYES.

39. Res. DGSJyFP nº 27 octubre. Fuente: Aranzadi RJ\2022\337854.

SUCESIÓN. ACEPTACIÓN POR REPRESENTACIÓN. FACULTADES DEL TUTOR. CONFLICTO DE LEYES. LEY CATALANA: NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

40. Res. DGSJyFP nº 31 mayo. Fuente: Aranzadi RJ\2022\3343.

SUCESIÓN. ACEPTACIÓN POR REPRESENTACIÓN. FACULTADES DEL TUTOR. CONFLICTO DE LEYES. LEY CATALANA: NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

41. STSJ Islas Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 3/2022, 29 septiembre. Ponente: Antonio Federico Capó Delgado Fuente: Aranzadi RJ 2022\5256 ECLI:ECLI:ES:TSJBAL:2022:1155.

SUCESIÓN. PACTO SUCESORIO. VECINDAD CIVIL. DERECHO COMPARADO ENTRE LAS DISTINTAS REGULACIONES EXISTENTES EN ESPAÑA.

42. Res. DGSJyFP nº 20 enero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1218.

SUCESIÓN INTERNACIONAL. REMISIÓN A UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO.

Vecindad civil

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. En cada crónica de Derecho interterritorial –y esta no es una excepción– se pone de manifiesto la importancia que tiene la vecindad civil para delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos civiles españoles. Las reformas de los últimos años, que han introducido en nuevas conexiones en nuestras normas sobre conflictos de leyes internos, fundamentalmente mediante la remisión a instrumentos de origen internacional (y a las que ya nos referíamos en crónicas anteriores, *vid.* R. Arenas García, “Vecindad civil”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 713–717, p. 713), no han apagado el foco de la vecindad civil, hasta el punto de que sigue siendo considerado, incluso en ocasiones en las que estrictamente no sería esta la conexión relevante. De alguna forma, además, parece que cuando la vecindad civil de los interesados coincide no han de plantearse más dudas sobre qué Derecho española habrá que aplicar, precisamente el de esa vecindad civil común, lo que en ocasiones es cierto (así, por ejemplo, en lo relativo a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio) y en otros no tanto (medidas respecto a los hijos en supuestos de crisis de la pareja).

Pese a esta importancia de la vecindad civil, las dificultades para su concreción siguen siendo las mismas de siempre. Al no constar en el Registro Civil más que excepcionalmente la vecindad civil de las personas, pueden producirse dudas sobre cuál es la que ostentan los interesados; lo que, a su vez, afecta a cuestiones tales como la ley que rige la sucesión o los efectos del matrimonio. Durante bastante tiempo las discusiones sobre la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento o en aquel en el que otorgó testamento, o de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio ocuparon a la práctica española, de lo que hemos dado cuenta en crónicas anteriores. En la de este año este problema se plantea en mucha menor medida; quizás porque tales problemas se derivaban en buena medida de las corrientes migratorias internas de los años 50 y 60 del siglo pasado y en la actualidad quienes protagonizaron ese fenómeno ya no tienen una presencia destacada en el tráfico jurídico. En esta crónica, tan solo en la SAP Barcelona 18ª 19 enero 2022 (ECLI:ES:APB:2022:500) se plante este problema en los términos a los que estábamos acostumbrados, en relación a un matrimonio celebrado en el año 1976.

2. Prácticamente en ausencia del viejo debate sobre el transcurso de los diez años de residencia en un determinado territorio que hubieran implicado el cambio de vecindad civil, en la práctica de los tribunales del año 2022 lo que nos encontramos es con abundantes supuestos en los que se da por sentado que los interesados tienen una determinada vecindad civil sin que resulte en absoluto claro de los hechos presentes en el caso que eso sea así realmente. Así, en la SAP Lleida 2ª 19 enero 2022 (ECLI:ES:APL:2022:61) se indica que “Para la resolución del recurso debemos partir de la normativa aplicable al caso, que no es la prevista en el art. 94 Cc puesto que la menor reside desde el año 2017 en (...) y, al parecer, últimamente también en (...), por lo que tiene vecindad civil catalana”. Obviamente, el que la residencia de una persona se sitúe en un territorio de Derecho foral desde el año 2017 no implica la adquisición de la vecindad civil de dicho territorio salvo que exista una declaración positiva de adquisición de la vecindad (art. 14.5.1º Cc), declaración sobre la que nada se dice en la decisión. En un sentido parecido, en la Sentencia, también de la misma sección de la AP de Lleida, 7 abril 2022 (ECLI:ES:APL:2022:363) se dice que “Según se desprende de las actuaciones las partes tienen vecindad civil catalana (residen en Lleida, como mínimo desde el año 2007, cuando se dictó la sentencia que se pretende modificar)”. En este caso, sin embargo, sí que han transcurrido diez años de residencia en

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona

Cataluña, por lo que aquí sí cabe presumir la adquisición de la vecindad civil catalana en el momento en el que se inicia el litigio.

En otras decisiones nos encontramos con que se realizan afirmaciones sobre la vecindad civil de los interesados sin que exista justificación sobre ellas; así, por ejemplo, en la SAP Murcia 5ª 4 octubre 2022 (ECLI:ES:APMU:2022:2319): “No es cuestión controvertida que las partes celebraron matrimonio en la ciudad de Los Alcaceres (Murcia) en fecha 5 abril 2013, tampoco lo es que con anterioridad al matrimonio hubo convivencia de ambos en la Región de Murcia pero que el actor marchó a trabajar a Palma de Mallorca en 2010, y que por tanto a fecha de celebración del matrimonio cada uno de los contrayentes tenía una vecindad civil diferente”. Parece seguirse una aproximación a la vecindad civil como una cuestión de hecho, más que de derecho, susceptible de prueba en sí misma (y no solamente de las circunstancias que, de acuerdo con la normativa relevante conducirían a la adquisición, pérdida o recuperación de la vecindad civil) y sobre la que no debería entrarse a investigar si no hay discusión sobre ella en el proceso. De hecho, la STSJ Galicia CA 4ª 29 noviembre 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:8149) se refiere de manera expresa a la prueba de la vecindad civil gallega. En la misma línea, el ATS Civ 1ª 17 noviembre 2012 (ECLI:ES:TS:2022:16476A) mantiene que la rebeldía de la demandada impidió la prueba de la vecindad civil navarra. Se sigue de esta forma, una línea de interpretación que venimos señalando en estas crónicas desde hace tiempo (*vid.* R. Arenas García, “La determinación de la vecindad civil: el talón de Aquiles del sistema español de Derecho interterritorial”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1174–1178) y que, seguramente, se conecta con una regulación de la vecindad civil que dificulta la constatación de la misma.

3. Otro aspecto que merece ser destacado es la complejidad que en la determinación de la vecindad civil ha introducido la creación, por la Ley 5/2015 del País Vasco, 25 junio (BOE 3.7.2015) de una vecindad civil vasca diferenciada de la vecindad civil local en algunos territorios del País Vasco (*vid.* 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*, vol. 68, nº 2016, pp. 23–49, esp. pp. 41–43). La referencia a esta complejidad, de la que ya nos habíamos ocupado en crónicas anteriores (R. Arenas García, “Vecindad civil”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 713–717, pp. 716–717; *id.*, “Vecindad civil”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 591.595, pp. 592–593) se reitera en las decisiones de la DGSJyFP del año 2022, donde se incide en la necesidad de que en los documentos notariales otorgados en el País Vasco se haga constar la vecindad de los intervinientes (art. 11 de la Ley vasca 5/2015), discutiéndose, sin embargo, sobre las consecuencias que para la inscripción registral tenga la ausencia de dicha constancia. Se ocupan de este tema las Resoluciones de la DGSJyFP nº 2822/2022, 2 febrero; nº 6658/2022, 6 abril; y nº 3981/2022, 28 febrero. En esta última, sin embargo, nos encontrábamos ante una escritura otorgada en Madrid y que, por tanto, no se veía afectada por la obligación de constancia de la vecindad civil que establece el art. 11 de la Ley vasca 5/2015; sino que se le aplican las reglas generales sobre constancia de la vecindad civil en los documentos notariales y que se recogen en el art. 51.9ª a) del Reglamento Hipotecario y 159 del Reglamento Notarial, que solamente prevén la constancia de la nacionalidad y de la vecindad civil “si se acreditan o manifiestan”. También explicitan la diferencia entre vecindad civil vasca y vecindad civil local dentro del País Vasco las Resoluciones nº 134340/2022, 29 julio; y 134344/2022, 29 julio.

4. Aparte de lo anterior, también ha de ser destacado que en el Auto de la AP de Huesca 1ª 14 octubre 2022 (ECLI:ES:APHU:2022:317A) se deja constancia de una rareza en nuestra práctica jurídica: una declaración en relación a la adquisición de la vecindad civil. Parece ser que en el año 2008 se realizó ante el Registro Civil de Barcelona una declaración en contrario a la adquisición de la vecindad civil catalana por residencia continuada de diez años (art. 14.5.2º Cc). Esta declaración fue incorrectamente inscrita como una declaración positiva de adquisición de la vecindad civil catalana por residencia continuada de dos años (art. 14.5.1º Cc) y, advertido el error en el año 2017 pasó a realizarse la correspondiente corrección. El caso se plantea en el marco de unas diligencias penales por falsedad y prevaricación, pues se habría acusado al Juez

encargado del Registro Civil y a su Secretario de haber incurrido en estos delitos al haber transcrito la primera nota (la de adquisición de la vecindad civil catalana por residencia cuando, en realidad, la declaración era de conservación de la vecindad aragonesa de la interesada) de manera dolosa. El juez instructor entiende que no hay indicios que entender que nos encontramos ante algo diferente de un simple error de transcripción. Queda abierta, sin embargo, la duda sobre los efectos que este error en el Registro Civil sobre las disposiciones testamentarias de la afectada o sobre los negocios concluidos por ésta. Ciertamente, se trata de cuestiones que presentan interés, pero que tendrán que dilucidarse ante la jurisdicción civil. El error en la inscripción registral no puede afectar a la vecindad civil de la interesada quien, por tanto, habría conservado la vecindad civil aragonesa, a la luz de la cual deberán juzgarse las actuaciones para las que sea relevante su ley personal; pero, a la vez, deben protegerse las expectativas de quienes confiaron en el contenido del registro (arts. 16 a 19 LRC).

5. Así pues, el año 2022, a la vez que nos mostraba que el problema tradicional de la prueba de residencia durante 10 años para el cambio de la vecindad civil tiene cada vez menos relevancia, confirma que el acercamiento a la vecindad civil por parte de los tribunales descansa en su consideración como una cuestión de prueba, dificultada por la falta de constancia registral de la vecindad civil de la mayoría de los españoles. A la vez que surgen nuevos desafíos, en este caso por la complejidad de la articulación de una vecindad “autonómica” (la del País Vasco) con las vecindades locales preexistentes, una cuestión que se viene planteando desde la promulgación de la Ley vasca 5/2015.

RELACIÓN DE DECISIONES

1. ATS Civ 1ª 17 noviembre 2022. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Fuente: Aranzadi JUR\2022\367339 ECLI:ES:TS:2022:16476A.

PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL. VECINDAD CIVIL DIFERENTE DE LA DEL LUGAR DE RESIDENCIA. REBELDÍA DE LA PARTE DEMANDADA.

2. STSJ Galicia C-A 4ª nº 604/2022, 29 noviembre. Ponente: María Dolores Rivera Frade. Fuente: Aranzadi JUR\2022\386953 ECLI:ES:TSJGAL:2022:8149.

BENEFICIOS FISCALES. CALIFICACIÓN COMO APORTACIÓN O COMO DONACIÓN. VECINDAD CIVIL DEL TRANSMITENTE. PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL.

3. SAP Barcelona 18ª nº 16/2002 19 enero. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Fuente: Aranzadi JUR\2022\124959 ECLI:ES:APB:2022:500.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL.

4. AAP Huesca 1ª nº 277/2022, 14 octubre. Ponente: José Tomás García Castillo. Fuente: Aranzadi JUR\2023\181936 ECLI:ES:APHU:2022:317A.

VECINDAD CIVIL. DECLARACIÓN DE NO ADQUISICIÓN DE VECINDAD CIVIL POR RESIDENCIA. RECTIFICACIÓN DE ERROR EN EL REGISTRO CIVIL.

5. SAP Lleida 2ª nº 32/2022, 19 enero. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Fuente: Aranzadi JUR\2022\130219 ECLI:ES:APL:2022:61.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. RELACIONES RESPECTO A LOS HIJOS. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. VECINDAD CIVIL. ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD CIVIL POR RESIDENCIA.

6. SAP Lleida 2ª nº 262/2022 7 abril. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Fuente: Aranzadi JUR\2022\212160 ECLI:ES:APL:2022:363.

NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS. APLICACIÓN DEL DERECHO CATALÁN. VECINDAD CIVIL. ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD CIVIL POR RESIDENCIA.

7. SAP Murcia 5ª nº 258/2022 4 octubre. Ponente: José Manuel Nicolás Manzanares. Fuente: Aranzadi JUR\2022\355627 ECLI:ES:APMU:2022:2319.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. CÓNYUGES DE DISTINTA VECINDAD CIVIL.

8. Res. DGSJyFP nº 2822/2022, 2 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1654.

VECINDAD CIVIL VASCA Y VECINDAD LOCAL. ART. 11 DE LA LEY VASCA 5/2015.

9. Res. DGSJyFP nº 3981/2022, 28 febrero. Fuente: Aranzadi RJ\2022\1623.

VECINDAD CIVIL VASCA Y VECINDAD LOCAL.

10. Res. DGSJyFP nº 6658/2022 6 abril. Fuente: Aranzadi RJ\2022\2448.

VECINDAD CIVIL VASCA Y VECINDAD LOCAL. ART. 11 DE LA LEY VASCA 5/2015.

11. Res. DGSJyFP nº 134340/2022, 29 julio. Fuente: Aranzadi JUR\2022\270197.

VECINDAD CIVIL VASCA Y VECINDAD CIVIL LOCAL. CONSTANCIA O MANIFESTACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES.

12. Res. DGSJyFP nº 134344/2022, 29 julio. Fuente: Aranzadi RJ\2023\571.

VECINDAD CIVIL VASCA Y VECINDAD CIVIL LOCAL.

.

Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

CONTRATOS

1. NECESIDAD DE QUE LOS DEUDORES O HIPOTECANTES NO DEUDORES EN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO FIJEN UN DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES EN ESPAÑA (Res. DGSJyFP 18 abril 2023)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de abril de 2023* aborda la denegación de la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca en favor de dos personas, de nacionalidad española y alemana, residentes en el extranjero, que grava una finca situada en España, sobre la base de que los pactos de ejecución judicial y extrajudicial requieren para su válida constitución la fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones que ha de situarse en territorio nacional (art. 660.1º LEC y 236.c) RH).

La Res. DGSJyFP confirma la calificación y desestima el recurso. Señala en centro directivo que la fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y, por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. No obstante, el domicilio a efectos de notificaciones no tiene por qué ser el domicilio real o habitual, sino que basta que sea cierto y determinado, y al mismo tiempo pueden señalarse varios domicilios. La omisión o defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca impedirá la utilización de tales procedimientos, pero no afecta a la eficacia de la hipoteca ni a su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino únicamente a la utilización e inscripción de tales pactos de ejecución.

Señala la Res. DGSJyFP que, aunque el art. 682.2.2.º LEC no requiere que dicho domicilio deba estar en territorio español, el art. 660, ap. 1 LEC, y el art. 234 del RH así lo requieren, de forma que el domicilio designado en España funciona como domicilio a efectos de notificaciones y para el procedimiento judicial de ejecución directa. Tal exigencia se aviene al principio de rigor formal en los procedimientos de ejecución hipotecaria que ha venido proclamando el Tribunal Supremo, sin que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada por el notario en su recurso sea un óbice a esta afirmación. Tal jurisprudencia constitucional, que pretende garantizar la efectividad de la comunicación, encontrará su aplicación en caso de que la notificación en el domicilio situado en territorio español resulte infructuosa, de modo que, antes de practicar la comunicación edictal y para evitar la indefensión de los deudores hipotecantes, deberá intentarse la comunicación personal en el domicilio situado en el extranjero que han especificado en la comparecencia de la escritura calificada o en el domicilio real que en su día resulte, pero ello no exime de la necesidad de designar un domicilio en España a efectos de las notificaciones. A ello se añade que no existe ningún inconveniente para que pueda fijarse en la escritura, además de un domicilio situado en territorio nacional, otro con carácter simultáneo o subsidiario en territorio extranjero.

DERECHOS REALES

2. ADQUISICIÓN POR NACIONAL INDIO DE UNA FINCA SITUADA EN UNA ZONA DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL (Res. DGSJyFP 25 octubre 2022)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de octubre de 2022* desestima el recurso contra la calificación por la que la registradora suspende la inscripción por no acreditarse la preceptiva autorización militar exigible para la adquisición por parte de extranjeros no comunitarios de la finca o, en su defecto, acreditarse que dicha finca queda fuera del ámbito de aplicación del citado régimen de autorización por concurrir respecto a la misma las circunstancias previstas en los arts. 35 y 38 del Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, esto es, Plan Urbanístico aprobado con informe favorable del Ministerio

de Defensa, expreso o por silencio, o declaración de la zona de interés turístico nacional, con autorización previa del mencionado Ministerio; o en su caso consideración de núcleo urbano o zona urbanizada o de ensanche, al tiempo de entrada en vigor de la ley, mediante certificado urbanístico expedido por el Ayuntamiento.

Parte la Res. DGSJyFP del régimen legal previsto en los arts. 18 y 20 y disposición adicional de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, arts. 37, 40 y 41 de su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, y la Orden de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, por la que se dictan instrucciones para la racionalización de la autorización para adquisición de inmuebles por extranjeros no comunitarios, y se excluye la necesidad de autorización militar en todos los supuestos del art. 21, núms. 3 y 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; esto es, en los que el suelo se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado.

Señala a este respecto la Res. DGSJyFP que tiene razón la recurrente en que ha sido el propio Ministerio de Defensa, dada la salida de los ciudadanos británicos de la Unión Europea que se hizo efectiva el día 1 de enero del año 2021, el que ha interpretado esa normativa a través de la Orden de Servicio 1/2021 que la propia registradora cita en su nota, considerando informados favorablemente todos los instrumentos de ordenación urbanística. Confirma, además, que la exclusión de la necesidad de la solicitud y obtención de la autorización militar se produce no solo en el suelo urbanizado a que se refiere la letra a) del art. 21.3º Real Decreto Legislativo 7/2015, es decir, no solo a los suelos urbanizados que hayan sido objeto de un planeamiento urbanístico, sino a todos los demás comprendidos en las letras b) y c) del nº 3 del mismo artículo y también a los comprendidos en el nº 4 de la misma norma y ello: “a) porque así lo dice expresamente la citada Orden, último párrafo del punto primero, y b) porque solo excluye las poblaciones fronterizas y las fincas rústicas (nº 2 del mismo art. 21), según dice el punto segundo de la citada Orden”.

El problema se plantea en relación con la insuficiente acreditación por la recurrente de que el terreno cumpla con tales requisitos. Advierte la Res. DGSJyFP que “cuando se trata de terrenos procedentes de instrumentos de ordenación urbanística, reflejados en el Registro, la acreditación va implícita”, pero tal no es el caso del expediente de que se trata. “La 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. Pero ello no implica necesariamente que la legislación urbanística les atribuya legalmente la condición de suelo urbanizado en los términos a que se refiere el art. 21, núms. 3 y 4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Para ello será preciso acompañar la correspondiente calificación urbanística de la finca expedida por la Administración pública competente que lo acredite. Tampoco el hecho de que en el Registro se describa como urbana es un elemento definitivo, pues no es la descripción registral la acreditativa de tal condición, salvo que se hubiera incorporado certificado de la calificación urbanística de la finca (cf. art. 9.a) LH)”.

Aunque la Res. DGSJyFP desestima el recurso, observa que el defecto es fácilmente subsanable con la mera aportación del correspondiente certificado acreditativo de la calificación urbanística de la finca. Y en el caso de que no tenga tal calificación urbanística acreditada de suelo urbanizado, y sea no urbanizable o rústica, será necesario haber obtenido la autorización militar con carácter previo al otorgamiento, tal como exige el precepto legal anteriormente mencionado, deviniendo insubsanable el defecto.

3. POBLACIONES FRONTERIZAS CON OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE COMO ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL (Resolución Res. DGSJyFP 25 mayo 2023).

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de mayo de 2023 desestima el recurso presentado contra la negativa a proceder a la inscripción de una escritura de compraventa de una finca situada en una población fronteriza con Portugal, siendo británico uno de los compradores, al carecer de la preceptiva autorización militar. El recurrente alega que el concepto de población fronteriza en el sentido de la Ley 8/1975, de 12 de marzo no debe ser interpretado literalmente como “aquella colindante con un país distinto de España”, sino como “aquella colindante con un país distinto a alguno de la Unión Europea”.

La Res. DGSJyFP desestima el recurso, al mantener la interpretación literal de lo dispuesto en la Ley. En particular, se ampara la Res. DGSJyFP en la más reciente Orden de Servicio comunicada de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, en la que se dictan instrucciones para la racionalización de la autorización para adquisición de inmuebles por extranjeros no comunitarios, y en la que se dispone que “seguirán necesitando autorización o informe favorable de este MINSDEF: Las poblaciones fronterizas por disponerlo expresamente la Ley”. Subraya la Res. DGSJyFP que “el registrador está obligado a aplicar la normativa vigente, sin entrar a analizar su obsolescencia o su anacronismo. La registradora ha aplicado en la calificación la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, sin que su carácter preconstitucional haga que deba ser interpretada conforme a la normativa de la Unión Europea, pues ni notarios ni registradores tienen competencia para declarar inconstitucional una norma”. La Res. DGSJyFP se detiene, por otra parte, en el alcance del término “población”, que entiende referida al municipio y, por tanto, a cualquier núcleo poblacional que pertenezca al mismo.

DIVORCIO

4. INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTO DE VENTA DE BIEN INMUEBLE POR EL ADMINISTRADOR JUDICIAL EN EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE UN JUZGADO DE FAMILIA INGLÉS (Ress. Res. DGSJyFP 2 marzo 2023 y 14 julio 2023)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de marzo de 2023 aborda la inscripción de una escritura “de complemento y aceptación” autorizada por notario español en que se complementa una escritura autorizada por notario de Londres otorgada por un síndico designado por un Juzgado de Familia inglés, relativa a la transmisión de una finca como consecuencia de la orden de dicho Juzgado, transmisión que es aceptada por la interesada. El registrador observa que la resolución del juzgado de familia inglés resuelve una demanda de la adquirente contra otra persona física y la sociedad titular del bien sobre la base del derecho inglés, si bien el titular es español y se trata de un inmueble situado en España (arts. 9.1º y 10.1º CC), que implica una competencia exclusiva de los tribunales españoles en virtud del art. 22 LOPJ.

El recurrente invoca la aplicación del Reglamento nº 1215/2012 (“Bruselas I bis”), que sería aplicable por razones transitorias para el reconocimiento de la Orden del Tribunal de Familia de Reino Unido, que habilita al administrador judicial a ejecutar la resolución de transferir la propiedad del inmueble a la solicitante de la inscripción y realiza una confusa defensa de los efectos en España de los documentos públicos extranjeros.

Observaciones: La Res. DGSJyFP limpia y centra el caso, señalando que se refiere a la inscripción de un documento relativo a una propiedad inmueble en España formalizado ante notario británico redactado a doble columna en inglés y español, apostillado, en el que, aludiendo a una orden dictada por un tribunal local en el ámbito del Derecho de familia, en un

procedimiento matrimonial, se dice transmitir el bien a una persona física, expareja del transmitente, a través de quien se dice apoderado judicial de una persona que no es el titular registral. Se complementa el título con una escritura de aceptación por parte de la beneficiaria otorgada en España, en la cual no se realiza juicio de ley alguno, ni añade nada a la ejecución pretendida del título judicial. El titular registral es una persona jurídica española que, según se manifiesta, ha sido segunda demandada en la orden que sirve de base al mismo.

Retoma la Res. DGSJyFP el argumento del recurrente en relación con la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, en que se funda el recurrente, lo cual no deja de ser chocante. En efecto, parece muy dudoso que puedan considerarse los efectos de la resolución u orden judicial inglesa de un juzgado de familia dictada en un procedimiento matrimonial y que habilita al administrador judicial a proceder a la enajenación del bien a favor de la beneficiaria, aplicando el régimen de un Reglamento que excluye expresamente las cuestiones vinculadas a alimentos o derecho de familia. Siguiendo este camino un tanto errático, la Res. DGSJyFP hace referencia a las exigencias formales de los documentos que deben aportarse, conforme al Reglamento, para dar efecto a la resolución judicial británica. Y señala, con acierto, que si la decisión tiene por objeto un derecho real sobre un bien inmueble situado en España, tal reconocimiento queda imposibilitado por lo dispuesto en los arts. 24 y 45 del Reglamento, “siempre que el litigio verse sobre esta materia, lo que no puede ser clarificado en el contexto del expediente”, sin que el art. 22 LOPJ tenga aquí aplicación alguna. Lleva razón la Res. DGSJyFP en que tampoco es relevante que el titular sea una persona jurídica ni que la ley aplicable sea la española (arts. 9.1º y 10.1º Cc), pues el control de la ley aplicable no es una condición para el reconocimiento de una decisión extranjera en el régimen del Reglamento “Bruselas I bis”, sino solo el de la competencia del tribunal de origen.

Señala asimismo la Res. DGSJyFP que los reglamentos europeos no regulan en todo caso el procedimiento de ejecución material de las decisiones judiciales ni el “reconocimiento registral” o ejecución impropia, lo que no es correcto, ni por lo que se refiere al Reglamento “Bruselas I bis” ni por lo que atañe al Reglamento “Bruselas II bis”, pues en ambos casos el reconocimiento registral de las sentencias en materia civil y mercantil o sobre crisis matrimoniales debe llevarse a cabo en las condiciones y con los requisitos de reconocimiento previstos en tales reglamentos, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los documentos públicos.

En realidad, cabe entender con la Res. DGSJyFP que resulta imposible saber cuál es la causa y el objeto del documento público presentado y de la decisión judicial. Presumiblemente, debe tratarse de una decisión británica para resolver un divorcio o disolución de una *civil partnership*, que presenta contornos complejos y una calificación difícil a caballo entre la materia alimenticia y la disolución del régimen de bienes de la pareja. En estos ámbitos, la atribución del inmueble como parte de una decisión alimenticia o sobre disolución del régimen matrimonial es perfectamente factible sin vulnerar la competencia exclusiva de los tribunales españoles en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, y puede obtenerse a través de otros Reglamentos, como el nº 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias. Tal dificultad ya fue observada en la STJCE 27 de febrero de 1997 (as. C-220/95: *Van der Boogard/Laumen*), en relación con el reconocimiento en los Países Bajos de una decisión inglesa que procedía a una completa liquidación de bienes tras el divorcio. El TJCE llegó a estimar que la calificación como alimentos se imponía si el fundamento de la decisión respondía a la consideración de los recursos y necesidades de los cónyuges, mientras que un reparto o asignación de los bienes sin tales consideraciones quedaría fuera de la calificación alimenticia, presumiblemente por asociación con las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y la disolución del régimen de bienes.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la decisión judicial británica no suele ser en estos casos el título inscribible, porque no declara la transmisión de la propiedad, sino que insta a las partes a la venta o entrega del bien o, en caso de renuencia, designa a un administrador judicial para que proceda a la venta o entrega del bien a favor del beneficiario. El título de inscripción sería, pues, el documento público de venta o entrega, si bien es defendible la necesidad de un reconocimiento

incidental previo de la decisión judicial. Por otro lado, si el documento de venta lo otorga el administrador judicial, que es el supuesto que parece desprenderse del caso, de nuevo sería la escritura de venta o transmisión el título para la inscripción, en cuyo caso habría de ponderarse la compatibilidad de dicha venta con los requisitos de validez y orden público eventualmente exigibles desde el Derecho español y, sobre todo, con la competencia exclusiva de los tribunales españoles para proceder a la ejecución de sentencias declarativas, proclamada tanto en el Derecho interno como en los reglamentos europeos. La Res. DGSJyFP 22 de marzo de 2023 resuelve con la misma doctrina un caso idéntico al planteado por la Resolución Res. DGSJyFP 2 de marzo de 2023 (S.S.L.).

5. NECESIDAD DE PREVIA INSCRIPCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL PARA QUE ACCEDAN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD SUS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (Res. DGSJyFP 13 junio 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de junio de 2023* se plantea si es necesaria la previa inscripción en el Registro Civil de una sentencia en la que se decreta el divorcio entre los cónyuges contrajeron matrimonio siendo extranjeros, pero que son españoles en el momento de divorciarse. El registrador opone a la inscripción que es necesaria la previa inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central.

Como en resoluciones anteriores, la DGJYFP confirma la necesidad de que, afectando a ciudadanos españoles, la sentencia de divorcio que disuelve a su vez el régimen económico matrimonial debe inscribirse previamente en el Registro Civil Español para poder acceder al Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el art. 266 RRC. Especifica la Res. DGSJyFP que es preciso acreditar la efectiva inscripción en el Registro Civil español de la sentencia de divorcio, y en consecuencia asimismo del matrimonio, sin que dicha exigencia que subsanada por el hecho de acompañar al recurso la diligencia de ordenación en que se acuerda librar exhorto al encargado del Registro Civil para que proceda a inscribir el divorcio, que no pudo ser tenida en cuenta al tiempo de la calificación (art. 326 LH).

DOCUMENTO EXTRANJERO

5. SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER CONTENIDA EN RESOLUCIÓN JUDICIAL SUIZA APORTADA MEDIANTE FOTOCOPIA EN BUROFAX (Res. DGSJyFP 5 septiembre 2022).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de septiembre de 2022* desestima un recurso relativo a la suspensión de la inscripción que se solicita mediante un burofax que contiene una instancia remitida por un particular a la que se acompaña la fotocopia de una orden provisional de prohibición de enajenar gravar o disponer ordenada por un órgano jurisdiccional suizo.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, la Res. DGSJyFP se limita, como es lógico, a desestimar el recurso sobre la base de lo dispuesto en el art. 3 LH y el art. 33 RH: “Un burofax remitido por un particular de una resolución judicial extranjera no es título inscribible, como tampoco lo sería un burofax remitido por un particular de una escritura autorizada ante notario español. Sólo excepcionalmente está admitido el telefax remitido directamente por el notario o por la autoridad judicial (arts. 248 de la Ley Hipotecaria, 418 de su Reglamento y 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la expresa regulación que al respecto se contiene en dichos preceptos”. La solicitud de inscripción, en consecuencia, deberá realizarse a partir de la aportación de una copia auténtica de la decisión judicial suiza, que permitirá, en su caso, el reconocimiento incidental por parte del registrador de lo ordenado en la decisión judicial.

6. SUFICIENCIA DEL PERMISO DE CONDUCCIÓN PARA LA IDENTIFICACIÓN DE UN EXTRANJERO (Res. DGSJyFP 16 enero 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de enero de 2023* se plantea si es o no inscribible una escritura de compraventa en la que una de las comparecientes en la escritura, residente en España, se identifica mediante “Permiso de Conducción vigente en el Reino de España, en el que figura su número de Identificación Fiscal”. El registrador señala como defecto que el compareciente se ha identificado con un permiso de conducción y, en cuanto a los extranjeros residentes en territorio nacional, su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española, que deberá contener fotografía y firma del otorgante.

Señala la Res. DGSJyFP como principio que el juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al notario queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al notario. Observa que el art. 23 LN y el art. 161 RN prevén un catálogo cerrado de medios de identificación de los comparecientes. A juicio de la Res. DGSJyFP, el permiso de conducir, en su formato vigente, es un medio supletorio de identificación en el sentido del art. 23 c) LN:

“Debe tenerse en cuenta que el permiso de conducción –según el formato vigente adaptado al Derecho comunitario– es un documento con fotografía y firma expedido por la Autoridad Pública que identifica a la persona del conductor y que nuestro ordenamiento, como alega el recurrente, lo admite expresamente en cuatro supuestos: en el ámbito electoral, en la mención a cualquier otro documento legal de identificación en el Reglamento de Registro Mercantil, en los servicios postales, y en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Especialmente, conforme la normativa de servicios postales, se admite que, excepcionalmente, los sujetos obligados podrán aceptar otros documentos de identidad personal expedidos por una autoridad gubernamental siempre que gocen de las adecuadas garantías de autenticidad e incorporen fotografía del titular. Por tanto, como medio de identificación, habiendo reconocido la jurisprudencia y doctrina dicha función identificatoria, aunque sea de forma subsidiaria, encaja el permiso de conducción en la hipótesis del art. 23 LN, ya que es un medio supletorio de identificación como constató la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 6 de junio de 2006, sin rechazar su utilización. En Resolución anterior, de 26 de octubre de 2000, la Dirección General admite que el juez compareciente, en caso de falta de conocimiento por el notario, puede ser identificado no solo por su documento nacional de identidad sino también por «cualquier otro documento oficial, de los establecidos para identificar a la persona.

En definitiva, los documentos de identificación tienen que ser oficiales, originales y de ese fin identificatorio, fundamentalmente el documento nacional de identidad y los pasaportes, pero caben como supletorios aquellos que cumplan los mismos requisitos, como en el supuesto presente el permiso de conducción, que contiene fotografía incorporada y firma”.

7. DISCORDANCIA ENTRE LA IDENTIDAD DE LA COMPARECIENTE Y LA TITULAR REGISTRAL POR CONTRASTE ENTRE DNI Y NIE (Res. DGSJyFP 21 junio 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de junio de 2023* se plantea la inscripción de una escritura de subrogación de acreedor hipotecario en la cual se indican las circunstancias personales de los cónyuges prestatarios, con el respectivo documento nacional de identidad (DNI) que se especifica, si bien, en la nota registral informativa incorporada a la misma escritura, la señora prestataria figura identificada con el número de identidad de extranjero (NIE) que también se detalla y sin segundo apellido. El notario autorizante expresa que dichas personas son los prestatarios respecto del préstamo formalizado mediante la escritura que reseña, da fe de la identidad de los otorgantes y añade que tienen, a su juicio, legitimación para este otorgamiento. La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, al ser distintos los documentos de identificación de la titular registral y la persona que comparece,

doña A. F. T., no resulta acreditada la identidad de la titular registral y la compareciente. El recurrente alega que se trata de la misma persona, casada con el mismo marido que ahora ha adquirido la nacionalidad española, por lo que tiene un segundo apellido y un documento de nacionalidad español.

La DGSJyFP mantiene, por un lado, que el juicio de identidad realizado por el notario constituye un requisito de validez del instrumento público (art. 23 LN). Tal juicio consiste en la individualización del otorgante bien por conocerlo el notario o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos, y es tratado por la Ley como si fuera un hecho [arts. 1218 Cc y 1 y 17 bis ap. b) LN]. Por su parte, el registrador debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral (arts. 9.4.^a y 18 LH, y 51.9.^a RH).

Cuestión distinta es, a juicio de la Res. DGSJyFP, confirmando resoluciones anteriores, que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral pueda ser calificada por el registrador como defecto que impida la inscripción. La deslegitimación del juicio de identidad hecho por el notario no se produciría en cualquier caso de discordancia, sino solo de aquellas que tengan suficiente consistencia, lo que no ocurre a su juicio en el presente caso: “el notario autorizante no sólo ha dado fe de identificar a la señora otorgante, sino que la identifica –bajo su responsabilidad– como la misma persona que formalizó el préstamo mediante la escritura que se reseña, coincidente con la que figura en los asientos registrales (teniendo en cuenta, al hacerlo, determinadas circunstancias determinantes de su debida identificación, como son las que resultan de su documento nacional de identidad y las relativas a su esposo también compareciente) y ha emitido no sólo un juicio de identidad de dicha señora sino también un juicio sobre su legitimación como prestataria para formalizar la subrogación de acreedor de que se trata”. En consecuencia, estima la Res. DGSJyFP que la discordancia en este caso no es consistente y que el juicio de identidad realizado por el notario da fe que la compareciente y la titular registral son la misma persona, por lo que estima el recurso.

8. ACREDITACIÓN DEL NIF DEL VENDEDOR DE UN GLOBO AEROSTÁTICO (Res. DGSJyFP de 24 de julio de 2023):

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 24 de julio de 2023* aborda la posibilidad de inscribir un documento público otorgado ante notario checo de compraventa de un globo aerostático, sin constancia del NIF del vendedor.

La Res. DGSJyFP reitera su doctrina acerca de la necesidad de constancia del número de identificación fiscal de los obligados tributarios en el Registro de la Propiedad, que se extiende a todos los comparecientes en la escritura, aunque esta no tenga por objeto bienes inmuebles o aquellos actúen como representantes de los obligados tributarios. Señala la Res. DGSJyFP que tal doctrina es plenamente aplicable al Registro de Bienes Muebles. A su juicio, la particularidad del supuesto de hecho consiste en que el objeto del contrato cuya inscripción se solicita consiste en la venta de un bien mueble por sociedad no residente en España a persona física residente en España, pues a diferencia del supuesto contemplado en el art. 254 LH no existe un criterio fijo de conexión, como es la realización de actos de trascendencia tributaria sobre un bien inmueble sito en territorio español; pero aún hay que determinar si la referencia a cualesquiera otros actos con trascendencia tributaria obliga en un supuesto como el presente (u otros de naturaleza similar como la compraventa de vehículos a motor), a exigir a efectos de practicar la inscripción la constancia del número de identificación fiscal del transmitente.

A la luz de las disposiciones pertinentes (Disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; arts. 18.1º, 22 y 27.2º del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de

gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos) y sobre la base de que tales obligaciones van dirigidas exclusivamente a los notarios españoles (principio *auctor regit actum*), entiende la Res. DGSJyFP que “las personas jurídicas extranjeras que carezcan de establecimiento permanente en España y que no operen de otro modo en España no resultan obligadas a disponer de número de identificación fiscal, y es lógico que así sea pues lo contrario llevaría a una obligación casi universal de asignación de número de identificación fiscal aún en supuestos, como el presente, en los que la sociedad transmitente carece de control alguno sobre el destino de los bienes muebles que en su territorio vende mediante fedatario a residentes fuera del mismo. No resultando obligada a disponer de número de identificación fiscal la sociedad extranjera no residente y que no opera en territorio español no puede exigirse la acreditación de dicho número a efectos de proceder a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles”.

A juicio de la Res. DGSJyFP, aunque el art. 254 LH extiende su aplicación a los actos y contratos con trascendencia tributaria y que la compraventa de un bien mueble es evidentemente un contrato que tiene dicho efecto, “no resulta necesariamente la obligación para el transmitente de disponer de número de identificación fiscal si, como en el supuesto que da lugar a la presente, no reúne la condición de obligado tributario”, que solo recae sobre el adquirente.

PODERES DE REPRESENTACIÓN

9. REPRESENTACIÓN MEDIANTE PODER OTORGADO EN ALEMANIA DE MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE ESTANDO SOMETIDA LA MADRE A TUTELA CONSTITUIDA EN ALEMANIA (Res. DGSJyFP de 16 de enero de 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de enero de 2023* resuelve un caso en que pretende inscribirse una escritura de compraventa por un padre y sus dos hijos menores de edad, de nacionalidad alemana, representados mediante poder otorgado ante notario alemán, cuya suficiencia merece el juicio positivo del notario español que autoriza la compraventa.

Se deniega la inscripción por dos motivos: de un lado, se estima que, de conformidad con los arts. 9.4º y 10.11º Cc, la ley aplicable a la capacidad de los menores de edad y al alcance de la representación parental es la ley nacional del menor, que, en el presente supuesto, según resulta del documento presentado, es la alemana. En segundo lugar, en el presente supuesto, no interviene, por sí o debidamente representada, la madre de los menores que adquieren la nuda propiedad, por mitades indivisas, de la finca indicada en el documento presentado en representación de los mismos, ni se hace referencia alguna a su fallecimiento o a causa alguna que atribuya el ejercicio de la patria potestad en exclusiva al progenitor interviniente, por lo que debe acreditarse bien el fallecimiento de la progenitora titular de la patria potestad, conjuntamente con su esposo, bien, conforme al art. 36 RH, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul Español o de Diplomático, Cónsul o Funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, esto es, la alemana, que no es precisa, conforme a la citada ley alemana, la intervención de la progenitora titular de la patria potestad.

El notario recurrente alega, en síntesis, que de una simple lectura de la documentación que figura incorporada en la matriz resulta evidente que la madre de los menores ha sido incapacitada, y en consecuencia la patria potestad la ejerce el padre en exclusiva y que no es ajustada a Derecho la solicitud del registrador de que se acredite que no es precisa, conforme a la citada ley alemana, la intervención de la progenitora titular de la patria potestad porque sí que interviene, representada por su tutora aunque de hecho no lo haga para completar las funciones del padre, por los motivos ya explicados, y, segundo y más importante, porque el notario alemán hace un juicio de suficiencia de las facultades representativas del padre; y el notario alemán, al

efectuar su juicio de suficiencia de facultades representativas, sin establecer ningún tipo de condicionante, está aseverando que no es precisa la intervención de nadie más para que el poder despliegue su eficacia.

Observaciones: La Res. DGSJyFP comienza asumiendo que la capacidad y representación de los compradores menores de edad se rige por la ley alemana, en aplicación de los arts. 9.4º y 10.11º Cc, lo que no es correcto: La capacidad o minoría de edad de un nacional alemán se rige por la ley alemana en virtud de lo dispuesto en el art. 9.1º. Cc, pero la responsabilidad parental o patria potestad, como mecanismo legal de representación de los menores de edad, no se rige por la ley nacional en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.4º. y 10.11º. Cc, sino por la ley de la residencia habitual de los menores en aplicación de lo dispuesto en los arts. 16 y 17 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, reglas que son de aplicación universal (art. 20 del Convenio).

En cuanto al fondo de la cuestión, la Res. DGSJyFP se limita a recordar que el registrador puede comprobar si el documento representativo acredita el cumplimiento de la ley aplicable a dicha representación, pero que corresponde al notario emitir el juicio de suficiencia de las facultades de representación de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en sus sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021: "corresponde al notario emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación, con una reseña del documento auténtico del que resulta la representación, que debe ser congruente con el negocio jurídico representativo. Y la función del registrador es calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado". Subraya la Res. DGSJyFP que, en el presente caso, el notario no se ha limitado a reseñar la escritura de apoderamiento otorgada ante el notario alemán, sino que incorpora un testimonio íntegro de la copia auténtica de ésta. Por ello, aun cuando la reseña de dicho documento representativo podría haber sido más explícita, lo cierto es que del testimonio completo de aquél y del juicio notarial de suficiencia sobre las facultades representativas acreditadas resulta la observancia de la ley alemana en lo relativo a la representación legal de los menores.

Dicho esto, la Res. DGSJyFP señala que según el testimonio de la escritura autorizada por el notario alemán, el apoderamiento es también otorgado por la tutora de la madre y dicho notario da fe de la capacidad de todos los comparecientes, sin que el registrador haya opuesto objeción alguna a tal valoración sobre la aptitud y capacidad legal para el acto escriturado según la ley alemana aplicable, ni –en los términos permitidos por el art. 98 Ley 24/2001– al juicio de suficiencia de las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura de compraventa calificada.

Se omite en la resolución un aspecto clave que no tiene que ver con la ley aplicable, a la sazón alemana, sino con el reconocimiento de decisiones. Para el Derecho alemán y para un notario alemán, es obvio que, existiendo una tutela constituida judicialmente por la discapacidad de la madre, la tutora puede actuar en su representación. Pero esta consecuencia no es aceptable en España, porque la tutela no produce efectos o no puede ser reconocida a menos que medie el reconocimiento incidental de la decisión judicial que la constituye, por lo que el registrador debe requerir la aportación de dicha decisión con el objeto de proceder a su reconocimiento incidental, que es preciso para admitir en nuestro país las facultades representativas de la tutora conforme a la ley alemana aplicable y también para delimitar, conforme a la ley alemana, que el ejercicio de la patria potestad corresponde en consecuencia al progenitor no aquejado de discapacidad ni sometido a tutela (S.S.L.).

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

10. RECTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE MATRIMONIO CELEBRADO EN 1959 (Res. DGSJyFP 10 noviembre 2022).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de noviembre de 2022* se plantea si, inscrita una determinada finca en el año 1968 a nombre de una persona de nacionalidad francesa, casada con español, y constando en el asiento que se inscribió “con arreglo a la legislación de su país”, puede rectificarse esa inscripción con base en una instancia suscrita por dicha persona en la que manifiesta que, por haberse celebrado su matrimonio en Cataluña en 1959 (según acredita con certificado de matrimonio que se adjunta, en el que no consta el régimen económico-matrimonial), es aplicable el régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes y no el de comunidad del Derecho francés.

La Res. DGSJyFP confirma la calificación del registrador que funda su negativa en que, para poder rectificar cualquier asiento registral, es preciso bien el consentimiento del titular registral de la finca o derecho afectados, o de sus herederos, bien resolución judicial dictada en procedimiento seguido contra dicho titular o sus herederos; y, a falta de tal consentimiento y de resolución judicial, habría que probar que según la ley aplicable al régimen económico-matrimonial el bien adquirido es privativo de la solicitante.

Recuerda la Res. DGSJyFP su doctrina en el sentido de aceptar la rectificación del contenido del Registro, y del carácter ganancial del bien, cuando de la documentación aportada ha resultado, indubitadamente, que el bien carecía de la cualidad publicada por el Registro de la Propiedad y que, entre los documentos fehacientes en que se puede fundar la rectificación registral se incluye el referido en el art. 60 LRC, según el cual para hacer constar en este Registro expresamente el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito cuando –como ocurre en el presente caso– aquél no constase con anterioridad y no se aporten escrituras de capitulaciones será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad. En el caso planteado, una vez que quedó inscrito el bien “a nombre de la adquirente –de nacionalidad francesa en el momento de la adquisición– “con arreglo a la legislación de su país, que es de comunidad entre los cónyuges, esta titularidad común de la adquirente y su esposo no puede rectificarse sin consentimiento de este –o de sus herederos– o sin la oportuna resolución judicial, toda vez que no ha quedado probado documentalmente, en forma fehaciente, que el régimen económico-matrimonial vigente en el momento de la adquisición del bien fuera el legal supletorio de Cataluña, de separación de bienes”. Advierte la Res. DGSJyFP que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que hubieran contraído matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil (realizada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), así como los contraídos con anterioridad a la Constitución Española, a falta de nacionalidad común, se rigen por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; y el mismo criterio resulta aplicable respecto de la vecindad civil. Lo que ocurre es que “el hecho de haberse celebrado el matrimonio en Cataluña no es suficiente para estimar acreditado fehacientemente que el esposo de la adquirente tuviera vecindad civil catalana al tiempo de la celebración del matrimonio ni que el régimen económico-matrimonial de la adquirente (cuya determinación, a falta o en defecto de pactos o capitulaciones matrimoniales, puede ser complejo –cf. arts. 9.2º y 16 Cc y Resoluciones de 15 de junio de 2009 y 5 de marzo y 19 de junio de 2010–) fuera el legal supletorio en Cataluña”. Concluye la Res. DGSJyFP recordando el principio de inmutabilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el Derecho autónomo español: “Debe añadirse, por lo demás, que la ley aplicable a los efectos patrimoniales entre los cónyuges queda determinada en el comienzo de la relación conyugal, con independencia de que se trate de un matrimonio que presente elemento extranjero. Por lo tanto, es indiferente el posterior cambio de nacionalidad de la adquirente y no es aplicable lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/1103

(arts. 69 y 70, así como su Capítulo III), a diferencia de los supuestos de matrimonios internacionales celebrados a partir del 19 de enero de 2019”.

11. ADQUISICIÓN DE UN BIEN INMUEBLE POR CÓNYUGES DE DISTINTA NACIONALIDAD CONFORME AL ART. 92 RH (Res. Res. DGSJyFP 21 y 28 noviembre 2022)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de 0 noviembre de 2022* estima un recurso fundado en los siguientes hechos: en escritura de compraventa, los cónyuges compradores, de nacionalidad española él y sueca ella, manifiestan que están “casados bajo el régimen legal de gananciales español”. El registrador suspende la inscripción porque considera que “ostentando los cónyuges adquirentes dos nacionalidades distintas la determinación de la situación jurídica que el Registro va a publicar exige determinar cuál es la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, y si éste es legal o convencional, con los requisitos necesarios para que surta efectos frente a terceros, en su caso”. El notario recurrente alega que en la escritura se expresa que la legislación aplicable es la española y que el régimen económico-matrimonial es el supletorio de sociedad de gananciales, especificando dicha legislación aplicable en este caso por tratarse de matrimonio entre español y extranjera, todo ello después de haber informado a los interesados sobre las normas de conflictos en estos supuestos.

Observaciones: La Res. DGSJyFP estima el recurso sobre la base de su doctrina anterior, en particular a partir de los criterios establecidos en la Resolución de 19 de octubre de 2018. A tal efecto, señala la Res. DGSJyFP dos supuestos de aplicación del art. 92 RH. En el primer caso, si ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad, la aplicación del art. 92 RH no necesitaría mayor aclaración, “pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común”. La afirmación, válida para los casos en que sea aplicable el art. 9.2º Cc, no lo es sin embargo para aquellos matrimonios sujetos a la aplicación del Reglamento (UE) nº 2016/1103, bien porque se hayan celebrado o porque hayan acordado la ley aplicable a su régimen de bienes el 29 de enero de 2019 o después de esa fecha (art. 69). Es perfectamente posible que el régimen legal de bienes de un matrimonio de dos españoles se rija por una ley extranjera correspondiente a la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, en aplicación de lo dispuesto en el art. 26.1º, letra a) del Reglamento, por lo que, en este caso, la aplicación del art. 92 RH a la adquisición por dos cónyuges de la misma nacionalidad plantea idénticos problemas al segundo supuesto señalado por la Res. DGSJyFP.

Este segundo caso, que es el planteado en el recurso, hace referencia a la adquisición por cónyuges de distinta nacionalidad, en cuyo caso se requiere que se determine “cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de Derecho internacional privado español”. La cuestión consiste en aclarar a quién compete tal determinación. La Res. DGSJyFP reitera que el notario está obligado a determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de lo dispuesto en el art. 12.6º Cc. En consecuencia, es al notario, a la luz de las manifestaciones de las partes y, en particular, de su declaración de no haber suscrito ni capitulaciones matrimoniales ni un acuerdo de elección de ley aplicable, a quien corresponde determinar dicha ley aplicable: “el Notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –cf arts. 9.2º y 16.3º Cc–), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia –el carácter legal de dicho régimen– al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate”. Al resultar de aplicación la ley española, el notario hace constar el concreto régimen legal de gananciales, en aplicación de la mención exigida por el art. 51.9º.a LH.

No obstante, al igual que ocurría en la Resolución de 19 de octubre de 2018, a veces parece desprenderse que son los cónyuges los que pueden significar cuál es dicha ley, y no el propio notario, lo que es absurdo. Así, afirma la Res. DGSJyFP que el registrador “reconoce expresamente en su calificación que el notario hace constar en la escritura calificada que, según manifiestan los compradores, su régimen económico-matrimonial es el legal supletorio de gananciales, pero entiendo que debe determinarse cuál es la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, y si éste es legal o convencional”. Pues bien, si el notario hace mención al régimen económico de gananciales del Derecho español porque es lo que manifiestan los compradores y no en virtud de su análisis de las normas de conflicto, tendría razón la registradora. Alimenta esta confusión la Res. DGSJyFP al señalar que “no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación, pues según el art. 159 RN, bastará la declaración del otorgante...”. Para ser debidamente precisos, a las partes solo les compete declarar o manifestarse sobre los hechos sobre los cuales el notario, y solo el notario, debe elucidar la ley aplicable (art. 159 del RN) y en su caso el régimen económico matrimonial, y no al revés. Obviamente no se trata de que el notario participe a las partes cuáles son las normas de conflicto para que ellas determinen cuál la ley aplicable y su régimen económico matrimonial, sino de que las partes suministren los hechos para que el notario haga esa operación. La única manifestación de los cónyuges que ampara el art. 159 RN es que están sujetos a un régimen legal en defecto de pactos.

Admitiendo que el notario cumple con hacer constar en la escritura la ley aplicable al régimen económico matrimonial, lo que confirma la Res. DGSJyFP es que el registrador no tiene posibilidad alguna de poner en entredicho tal juicio, pues el notario no tiene por qué revelar los hechos que le han llevado a la conclusión sobre la ley aplicable: “sin que –como afirma la última de esas tres Resoluciones– pueda exigir el registrador que se manifiesten las circunstancias fácticas (entre otras posibles, residencia inmediatamente posterior al matrimonio o lugar de celebración) que determinan la ley aplicable en defecto de capitulaciones matrimoniales”. Se trata de una lamentable doctrina que pone en tela de juicio un principio elemental de seguridad jurídica, como hemos puesto de relieve reiteradamente, y al mismo tiempo convierte en diabólica la posibilidad que se brinda al registrador para motivar una discrepancia sobre el criterio del notario, cuando se le priva de los elementos sobre los que se podría fundar tal discrepancia, tanto de hecho (puntos de conexión de la norma) como de Derecho, por ejemplo, por indebida aplicación o inaplicación del Reglamento europeo.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de noviembre de 2022 resuelve de la misma forma un caso similar, siendo en este caso los cónyuges de nacionalidad española y marroquí (S.S.L.).

12. INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN CONFORME AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL DERECHO NEERLANDÉS: CONFLICTO INTERNACIONAL TRANSITORIO Y PROCEDENCIA DE DETERMINAR EN LA INSCRIPCIÓN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL CÓNYUGE ADQUIRENTE (Res. DGSJyFP 30 enero 2023).

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de enero de 2023 se refiere a la inscripción de una compraventa, en que interviene como comprador un nacional neerlandés representado por apoderada, que manifiesta que su representado está casado antes de la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 2016/1103, en “régimen legal supletorio de comunidad de bienes en Holanda, país de su nacionalidad común al tiempo de contraer matrimonio, a falta de capitulaciones”. Como quiera que en el Derecho neerlandés un bien adquirido por uno de los esposos queda fuera de la comunidad siempre que más de la mitad de su precio se haya satisfecho con dinero propio de este (art. 1:95 Cc holandés), y en este caso todos los fondos empleados eran privativos, por declaración de la esposa otorgada en documento privado con firma legitimada ante notario, se pretende su inscripción como privativo.

Con buen criterio, en una primera calificación la registradora solicita que se acrediten los medios de prueba de la privatividad del bien conforme a la ley neerlandesa aplicable y que se determine si el documento mencionado de confesión de privatividad consta en escritura pública o en un documento privado con firma legitimada, y advierte de la necesidad de que la confesión determine en concreto la adquisición y la finca a que se refiere, a la vez que aprecia un posible error en la interpretación del consentimiento de la esposa, ya que hace constar que conoce el alcance de sus manifestaciones relativas a la adquisición privativa de su consorte, “conforme al art. 1324 Cc”, por lo que dicha señora parece estar prestando su consentimiento a que el bien adquirido por su esposo se sujete al régimen de los bienes privativos por confesión, con arreglo al Código Civil español.

En la diligencia del notario se subraya que en la escritura hay un error en la referencia al Derecho neerlandés, por cuanto no resulta de aplicación por razones transitorias el art. 1:95 del Código civil holandés en su redacción actual, por lo que el matrimonio se sujeta al régimen vigente en el momento de la celebración, anterior al 1 de enero de 2018, a saber, el régimen de comunidad universal de bienes, por lo que todos los bienes de cada cónyuge pasaban a formar parte de la comunidad de bienes, aunque se hubieran adquirido con anterioridad al matrimonio, incluidos los adquiridos por donaciones y herencias a menos que se recibieran con una cláusula de exclusión. Por tanto, aun cuando el bien comprado es común y no privativo, el cónyuge titular de los mismos tiene el poder de disposición sobre ellos, salvo las excepciones de donación o vivienda habitual. Lo que solicita el notario es que se proceda a la inscripción “a nombre del cónyuge adquirente, conforme a su régimen matrimonial que es la Comunidad Universal holandesa vigente en 2009, pero con indicación expresa de que puede disponer él solo de dicho bien, salvo que se tratara de la vivienda familiar o donación. Y ello para evitar que cuando vaya a transmitir el bien se tenga que hacer esta misma explicación (...)”.

En su nueva calificación, la registradora estimó que faltaba la acreditación del contenido y vigencia del Derecho neerlandés, necesaria en este caso para poder practicar la inscripción a favor del comprador “con carácter privativo”, mientras que la inscripción conforme a la posibilidad diferida que ofrece el art. 92 RH choca con lo realmente manifestado por el adquirente en la escritura, cuya pretensión es la inscripción del bien como privativo, y que tampoco es posible la indicación expresa de que pueda disponer solo él del bien adquirido salvo que se tratara de la vivienda familiar o donación, tanto porque no queda acreditado este efecto conforme al Derecho aplicable como porque supone un perjuicio sobre el Derecho aplicable a una transmisión futura. Frente a esta segunda calificación, el notario insiste en la aplicación directa del art. 92 RH, y en la necesidad de precisar el alcance de la titularidad.

Posteriormente, la escritura fue calificada junto a una nueva diligencia, extendida en la que consta la comparecencia de ambos cónyuges que se ratifican en que su régimen es el de comunidad universal de bienes del Derecho neerlandés, pero que en dicho régimen los bienes se inscriben a nombre del cónyuge adquirente que tiene plena disposición del mismo, salvo que se trate de la vivienda habitual; y concluyen afirmando que “consienten en que se inscriba solo a nombre del cónyuge adquirente con arreglo al régimen legal holandés que es el de la Comunidad Universal y que si la Registradora después de pedir aclaraciones y acreditación sobre el régimen de disposición en dicho régimen luego no quiere hacerlo constar en el registro, solicitan la inscripción de dicho bien en el sentido dicho sin indicación de que la facultad de disponer corresponde al cónyuge titular salvo que sea la vivienda habitual”.

Y la inscripción se ha practicado a favor del cónyuge adquirente, bajo el régimen legal supletorio de su nacionalidad, esto es, el régimen de comunidad de bienes holandés, conforme al art. 92 RH”.

Observaciones: La Res. DGSJyFP reproduce sus argumentos habituales sobre el papel de notarios y registradores en la determinación del régimen económico matrimonial y en la aplicación de los arts. 92 del RH y 159 del Reglamento Notarial. En tales argumentos vuelve a

sorprender que la Res. DGSJyFP siga señalando que “a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común– necesita, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, la determinación de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español”, que serán si el matrimonio se contrajo después del día 29 de enero de 2019, las contenidas en el Reglamento (UE) nº 2016/1103. Por esta razón, que no se le escapa a la Res. DGSJyFP, conviene no olvidar que la necesidad de esta determinación de la ley aplicable existe igualmente aunque ambos cónyuges tengan nacionalidad común cuando sea de aplicación el Reglamento europeo, que privilegia otras conexiones respecto de la nacionalidad común de los cónyuges.

Hecha esta salvedad, la Res. DGSJyFP entiende que queda acreditado suficientemente que conforme al Derecho neerlandés el comprador adquiere con sujeción a su régimen económico matrimonial de comunidad universal de bienes. Pero entiende la Res. DGSJyFP que “como quiera que en la escritura se solicitó que se inscribieran los bienes adquiridos como bienes privativos (a lo que debe añadirse la referencia que su esposa hizo al art. 1324 Cc español), la diligencia extendida solo por el notario debe contar con el consentimiento del adquirente. Ciertamente, el notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización, como es en este caso la aclaración sobre las normas de Derecho holandés aplicables al régimen económico matrimonial de comunidad universal (*cf.* art. 153 RN). Pero, por las razones indicadas, debe concluirse que la modificación o eliminación de las manifestaciones sobre el carácter privativo de los bienes que se adquieren está exclusivamente reservada al adquirente y, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de él o de sus representantes pueden proceder”.

Expuestas tales razones, destaca asimismo la desestimación del recurso en relación con la solicitud de que conste en la inscripción que el cónyuge titular registral podrá disponer él solo de dicho bien (salvo que se trate de la vivienda familiar o de donación). A este respecto, observa la Res. DGSJyFP que “lo fundamental es que, conocida la ley extranjera aplicable, el bien adquirido se inscriba según la determinación de la disciplina aplicable al mismo conforme al régimen económico–matrimonial del adquirente en ese momento, tal como establece el art. 51.9.^a a) RH, de modo que será el momento de la ulterior realización de actos dispositivos sobre dicho bien cuando deberán observarse las normas y pactos que, como consecuencia del indicado régimen económico–matrimonial, sean aplicables y pudieran no coincidir –en caso de modificaciones legales o convencionales– con las que en el preciso momento de la adquisición estuvieran vigentes.” No está de más, en este sentido, recordar la posibilidad que ofrece el Reglamento (UE) nº 2016/1103 de que los cónyuges modifiquen la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, incluso con carácter retroactivo, si bien con las debidas cautelas en la salvaguardia de los derechos de terceros, lo que redundará en la conveniencia de que las facultades de los cónyuges en el momento dispositivo se determinen en tal momento y no en el de la adquisición del bien.

13. INSCRIPCIÓN DE ATRIBUCIÓN DE UN BIEN SITUADO EN ESPAÑA CON MOTIVO DE LA DISOLUCIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SUJETO AL DERECHO DANÉS MEDIANTE RESOLUCIÓN DE PARTICIÓN DE UN JUZGADO DANÉS (Res. DGSJyFP 29 agosto 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de agosto de 2023* analiza un recurso relativo a la pretendida inscripción, como consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial, de la atribución como bien privativo a uno de los cónyuges en el procedimiento de partición resuelto por un Juzgado danés, sin constancia de la presencia o intervención de los interesados, sino únicamente a partir de un informe de un abogado; se acompaña el documento, debidamente traducido y legalizado, de un testimonio de vigencia de

leyes expedido por las Embajada de Dinamarca en España. Se da la circunstancia de que no se acredita el procedimiento de divorcio ni consta, en su caso, su inscripción en el Registro Civil español, ignorándose la fecha y lugar de su matrimonio y residencia originaria y por tanto la norma de conflicto aplicable. También se ignora la nacionalidad de la esposa, que, aunque toma los apellidos de su esposo, en el Registro de la Propiedad figura con el apellido adicional no español.

La registradora opone, de una parte, la falta de acreditación suficiente de la determinación del régimen económico matrimonial, conforme al Derecho danés: de otra, la ausencia de reconocimiento de la decisión judicial danesa y la falta de la inscripción del divorcio, en su caso, en el Registro Civil español.

Observaciones: La Res. DGSJyFP aborda, en primer lugar, la determinación del régimen de reconocimiento aplicable a la decisión danesa. Con buen criterio descarta la Res. DGSJyFP la aplicación del Reglamento (UE) nº 1215/2012 (“Bruselas I bis”) que excluye de su ámbito de aplicación las decisiones en materia de régimen económico matrimonial. También queda correctamente reseñada la inaplicación de los Capítulos IV y V del Reglamento 2016/1103, en particular, a las decisiones judiciales y documentos públicos que provengan de Dinamarca, como erróneamente pretendía el notario autorizante, pues Dinamarca no es un Estado participante en dicho Reglamento. En consecuencia, el régimen de reconocimiento de las decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales que provengan de Dinamarca resulta ser, en efecto, el régimen de reconocimiento general previsto en la LCJIMC y en la LJV. En aplicación del art. 59 LCJIMC en relación con el art. 46 observa la Res. DGSJyFP que aun cuando la decisión danesa pueda ser susceptible de reconocimiento “incidental” por la registradora, adolece de defectos tales como la falta de acreditación de su firmeza, así como el hecho de que no haya quedado garantizada la participación de las partes en el procedimiento, condiciones que sin especiales consideraciones hace extensible la Res. DGSJyFP en la hipótesis de que se tratara de un acto de jurisdicción voluntaria.

Al margen de este dato, se planteaba en la nota de calificación la necesidad del reconocimiento previo del pronunciamiento sobre el divorcio, ya sea de la sentencia o del hecho en sí, para reconocer los pronunciamientos de la sentencia en materia de régimen económico matrimonial. Así lo exige por ejemplo el AAP Barcelona 18ª nº 57/2021, de 16 de febrero de 2021. Asimismo, como principio registral, nuestro sistema exige la previa inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil, en especial dado que es un “hecho” que repercute en el régimen económico matrimonial en el sentido del art. 266 RRC. La Res. DGSJyFP no se detiene en esta importante cuestión. Conviene indicar que, como sugiere la propia nota de calificación, la inscripción de las sentencias de separación y divorcio extranjeras solo procede si el matrimonio es inscribible en el Registro Civil español, por ser español al menos uno de los cónyuges o haberse celebrado en España (Res. DGSJyFP de 8 de octubre de 2020). En los casos en que la decisión de divorcio no afecta a ciudadanos españoles ni a matrimonios celebrados en España y que, en consecuencia, no accede al Registro Civil español, la Res. DGSJyFP ha considerado el reconocimiento de efectos del divorcio como una cuestión meramente probatoria, que no requiere reconocimiento, principal ni incidental, ni ejecución de la decisión extranjera (*v.gr.*, resoluciones DGRN de 4 de diciembre de 1991, 27 de noviembre de 1996, 1 de junio de 1999, 9 de febrero de 2000, 23 de septiembre de 2000, 6 de noviembre de 2000, 20 de junio de 2005, 7 de junio de 2006, 3ª de 4 de junio de 2007, 4ª de 17 de septiembre de 2007), interpretación avalada por la jurisprudencia menor y la STS 22 de enero de 1992. En su Circular de 8 de noviembre de 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 tal 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, si el matrimonio se celebró en país extranjero 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 matrimonial, del documento público que acreditara el divorcio.

De las consideraciones sobre el reconocimiento del documento público o decisión judicial danesa pasa la Res. DGSJyFP, sin solución de continuidad, a las consideraciones sobre la ley aplicable. Este tránsito merece una consideración más detenida. Si la inscripción tiene como título una sentencia o acto de jurisdicción voluntaria (art. 59 LCJIMC y arts. 11 y 12 de la LJV), no existe como condición de reconocimiento el control de la ley aplicable por el tribunal extranjero. Dicho control solo se produce en el marco de la inscripción sobre la base de documentos públicos (art. 60 de la LCJIMC y Disposición Adicional Tercera de la LJV), que deben atenerse a la legislación específica aplicable, incluidas las normas de Derecho internacional privado y la ley aplicable al fondo de la cuestión en su virtud.

Hecha esta salvedad, los argumentos de la Res. DGSJyFP sobre la ley aplicable resultan erróneos, en primer lugar al entender que “con independencia de la fecha de celebración del matrimonio, no es aplicable en el Reino de Dinamarca –pese a lo que se indica– el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Por lo tanto, deberá probarse, conforme al art. 36 RH, la ley aplicable resultante de la prelación establecida en el art. 9.2º Cc”. La Res. DGSJyFP no tiene en cuenta el carácter universal de las normas contenidas en el Capítulo III del Reglamento, por lo que resultarían perfectamente aplicables en relación con Dinamarca, si el matrimonio se hubiera celebrado el 29 de enero de 2019 o a partir de dicha fecha. En segundo lugar, la existencia del Convenio Nórdico entre Dinamarca y otros países escandinavos mencionado en el art. 62.3º del Reglamento no afecta a la cuestión de la ley aplicable en España, y se agota en las relaciones internas entre dichos Estados, por lo que el fundamento 6 de la Resolución de la Res. DGSJyFP es incorrecto, si pretende sugerir otro argumento para inaplicar las normas de conflicto del Reglamento.

En cualquier caso, por la fecha de celebración del matrimonio, y no constando que los cónyuges hubieran elegido una ley aplicable a sus relaciones patrimoniales tras la entrada en vigor del Reglamento, es presumible que la ley aplicable habría que determinarla de conformidad con el art. 9.2º Cc. La conclusión de la Res. DGSJyFP sobre esta base es que “si la nacionalidad de los esposos hubiera sido común en el momento de celebrar el matrimonio, lo que se ignora, regiría el régimen de comunidad previsto en la legislación danesa, a falta de pacto, que no se ha acreditado. En su defecto regiría asimismo si fuera la primera residencia habitual común o finalmente por haber contraído matrimonio los esposos en Dinamarca. Y ello pese a que conforme a la legislación danesa rige como ley aplicable en primer lugar la primera residencia habitual común”.

Tampoco parecen muy exactas las afirmaciones vertidas en torno al contenido del Derecho danés. Dice la Res. DGSJyFP que “[c]ontrariamente a lo que indica la parte recurrente el régimen económico matrimonial legal en el Reino de Dinamarca es la comunidad de bienes con independencia de la fecha del matrimonio, que también se ignora, como se ha indicado (vid. <http://149.5.20.84/es/denmark/topics/2->). Así es acreditado por la Embajada de Dinamarca en España en su testimonio de vigencia de bienes, que detalla además el régimen transitorio de la vigente Ley 149 en versión de 29 de abril de 1992 y el régimen especial de Jutlandia. En su virtud, todo lo que los cónyuges posean en el momento de contraer matrimonio o adquieran más adelante se convierte en una parte de sus bienes comunes. Sin embargo, los cónyuges podrán decidir no aplicar las normas legales sobre sus bienes y suscribir un acuerdo total o parcial de bienes independientes, lo que no se ha acreditado, con algunas excepciones respecto de bienes donados o heredados o derechos de carácter personal tales como ciertas formas de derechos de

autor. Además, en caso de divorcio o separación legal los cónyuges podrán suscribir un acuerdo sobre la división de los bienes matrimoniales. En su defecto, cada cónyuge, por regla general, recibirá la mitad de los bienes comunes existentes. Cada participación del cónyuge de los bienes se calculará por separado, estableciendo el valor total de todos los activos en el marco de los bienes gananciales que pertenezcan a uno de los cónyuges con deducción de sus deudas (con exclusión de las deudas relacionadas con los bienes independientes). Si las deudas de un cónyuge exceden sus activos, el valor total se determinará como cero. En caso de que el cálculo muestre que la participación de uno de los cónyuges es superior a la del otro cónyuge, se ajustará la diferencia (Ley sobre la división de los activos familiares, arts. 53 y 58)". En realidad, habría que precisar que el régimen a que se hace referencia es un régimen de comunidad "diferida" de bienes. En efecto, una vez que se produce el divorcio, los bienes se consideran comunes a los efectos de la disolución del régimen, si bien, constante el matrimonio, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, como en un régimen de participación en ganancias, se consideran privativos y de libre disposición y así pueden hacer constar en el Registro, si bien no ocurrió así en este caso en que los cónyuges se sirvieron de la indeterminación que permite el art. 92 RH.

Finalmente, la conclusión de la Res. DGSJyFP sigue siendo algo críptica, al no distinguir el distinto papel de la cuestión de la ley aplicable en el reconocimiento de decisiones judiciales (ninguno) y en la inscripción sobre la base de un documento público: Indica la Res. DGSJyFP: "Por lo tanto, en el supuesto planteado, será preciso probar la ley aplicable y el Derecho resultante de la misma y en todo caso, en cuanto no fue probado al inscribir el bien en su momento, será precisa la conformidad de la esposa a la atribución y mantenimiento tras el divorcio –que tampoco se ha acreditado– del carácter privativo del bien, sin que el documento presentado pueda ser objeto de reconocimiento incidental por vulnerar las normas de defensa y con ello el orden público español". Si la decisión judicial que establece la atribución de la finca al cónyuge solicitante de la inscripción no se puede reconocer, en realidad no se resuelve la cuestión con probar la ley aplicable, sino con la presentación de un documento público de liquidación del régimen económico matrimonial alternativo por el que, con la comparecencia de las partes, se proceda a liquidar el régimen económico matrimonial de forma acorde con lo dispuesto en la ley danesa (S.S.L.).

SOCIEDADES

14. CAPACIDAD DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA PARA ADQUIRIR UN INMUEBLE EN ESPAÑA SIN NECESIDAD DE CONTAR CON UNA SUCURSAL EN TERRITORIO ESPAÑOL (Res. DGSJyFP 2 marzo 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de marzo de 2023* estima el recurso interpuesto y revoca la calificación del registrador de la propiedad de San Lorenzo de El Escorial. *In casu* se pretendía inscribir una escritura de ampliación de capital de una sociedad de nacionalidad húngara mediante la aportación de una participación indivisa de una finca registral. Se acompañaban certificaciones de los acuerdos adoptados por la entidad, traducidos al español con firma legalizada y apostillada; certificaciones del Registro Mercantil del Tribunal de Budapest donde constaba la inscripción en dicho organismo de los citados acuerdos, traducidas al español, con firmas legalizadas y apostilladas, y otros documentos acreditativos del cambio oficial de la moneda húngara al euro. El registrador suspende la inscripción porque no resulta que la sociedad húngara haya establecido una sucursal en España que actúe como representante permanente, constituida de conformidad con lo previsto en los arts. 295 ss RRM^o y que esté debidamente inscrita en el Registro Mercantil de conformidad con lo previsto en el art. 22.2^o Ccom.

En el recurso frente a la calificación del registrador, así como contra la calificación sustitutoria que la confirma, se defiende básicamente que no existe ninguna norma que exija que, para que una sociedad extranjera adquiera un inmueble en territorio español, sea preceptivo que ésta tenga constituida una sucursal como establecimiento permanente en España y que los artículos mencionados en la calificación registral se limitan a establecer la posibilidad de creación de sucursales por parte de entidades extranjeras y determinar las formalidades de su creación y funcionamiento, así como su régimen jurídico general, pero en modo alguno imponen la obligación de su creación para que la entidad extranjera pueda operar válidamente en el tráfico jurídico español. Se añade que, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, se establece un régimen de plena libertad para las inversiones directas entre países integrantes de la Unión, excepción hecha de los sectores estratégicos, zonas delimitadas como sensibles para la defensa nacional o casos específicamente establecidos por el Gobierno como limitados por razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

En su resolución admitiendo el recurso, comienza la Res. DGSJyFP haciendo algunas advertencias generales sobre la ley aplicable. De un lado, recordando que, a salvo las reglas especiales establecidas para algunos supuestos particulares (art. 9.2º del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), el sistema español de Derecho internacional privado no cuenta con normas especiales con incidencia general sobre el reconocimiento de la existencia y capacidad jurídica de las sociedades extranjeras, de manera que el reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad extranjera deviene de la capacidad que le confiere su ley nacional (art. 9.11º Cc). Por otra parte, conforme a lo previsto en el art. 58 LCJIMC, corresponde a la ley española establecer cuáles son los requisitos y el procedimiento para la inscripción; entre ellos, la letra b) de la regla novena del art. 51 RH (que desarrolla lo previsto en el art. 9 LH respecto de la determinación de la persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba), señala que “si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten”.

En consecuencia, si se trata de una sociedad extranjera, procede hacer mención de su inscripción en el Registro Mercantil o de comercio del país de incorporación o Registro de la sociedad, mención que se cumplía en el caso concreto. La Res. DGSJyFP señala asimismo los medios de prueba de la válida constitución de la sociedad y de su representación que indica el art. 5.3º RRM y el eventual recurso al sistema de interconexión de registros regulado en el art. 18 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. La Res. DGSJyFP admite que, si la sociedad opera a través de un establecimiento secundario en España, será suficiente la mención de la inscripción de dicho establecimiento secundario en el Registro mercantil español, prevista en los arts. 295 y ss. del RRM, puesto que ya se ha tomado nota en ella, a través de los documentos oportunos, de la existencia de la sociedad, de sus estatutos vigentes y de sus administradores, así como del documento por el que se establece la sucursal. La mención a la inscripción de la sucursal es precisa no solo a los efectos de cumplir con las menciones exigidas en el RH, sino también al objeto de acreditar la vigencia de la representación del administrador único, que debe figurar en la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil (art. 297.4º RRM). Pero ello no significa, como advierte la Res. DGSJyFP, que el eventual nombramiento de representante permanente para la sucursal vacíe la competencia que corresponda a los representantes de la sociedad, orgánicos y voluntarios, que conservan todas las propias que les hubiera encomendado la sociedad, incluso en actos necesarios para la explotación de las actividades de la sucursal. Pero, sobre todo, se señala que de los arts. 156 y 165 RN se extrae que la comparecencia ante notario de una sociedad mercantil extranjera no tiene que articularse necesariamente a través de una sucursal o representante de establecimiento permanente en España, aunque ello sea una posibilidad. En definitiva, lo único que es exigible de la sociedad extranjera y de su representante, es la acreditación de su existencia de acuerdo con la legislación de su nacionalidad y la expresión

del correspondiente número de identificación fiscal, sin olvidar los datos referidos a su inscripción en el registro extranjero.

15. CAMBIO DE DENOMINACIÓN SOCIAL COINCIDENTE POR NOTORIEDAD CON LA DENOMINACIÓN DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA (Res. DGSJyFP de 28 julio 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de junio de 2023* aborda la pretensión de inscribir en el Registro Mercantil el cambio de denominación social de una sociedad limitada. Se deniega la inscripción porque la denominación coincide con la del socio único, a la sazón una sociedad luxemburguesa, y ello con independencia de la dispensa que pudiera hacer esta sociedad.

La Res. DGSJyFP confirma la calificación del registrador sobre la base de lo dispuesto en el art. 7.1º de la Ley de Sociedades de Capital y el art. 407 RRM: “En el caso examinado en este expediente, resulta de la propia escritura que el socio único de la compañía afectada, a la que se pretende asignar la nueva denominación, es una sociedad luxemburguesa de idéntico nombre. Teniendo en cuenta que «para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley» (art. 408.3 RRM), y que la autorización de la sociedad afectada por la similitud, prevenida en el art. 408.2 RRM, se refiere a supuestos que el nuevo nombre no guarda una absoluta identidad con la precedente, no cabe aceptar los argumentos esgrimidos en el recurso”.

SUCESIONES

16. NECESIDAD DE *PROBATE* PARA ADMITIR UN TESTAMENTO SUJETO AL DERECHO DE FLORIDA COMO TÍTULO SUCESORIO (Res. DGSJyFP 5 septiembre 2022).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de septiembre de 2022* aborda la suspensión de la inscripción de una escritura pública notarial de manifestación y adjudicación de herencia, ante notario español, otorgada por la apoderada de quien es designada en testamento notarial local (Florida, Estados Unidos) heredera y «*personal representative*» del causante, quien poseía doble nacionalidad, estadounidense y española. La sucesión cae en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, y se entiende que la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento se hallaba en Florida, donde había otorgado testamento en el que designó beneficiaria y ejecutora a la heredera y *personal representative* con exclusión expresa de familiares y descendientes. La escritura omite la existencia de testamentos en España, si bien la certificación, aportada directamente al Registro, acreditó la preexistencia de un testamento español.

Observaciones: La Res. DGSJyFP resuelve la cuestión de forma a la vez correcta e incoherente, desaprovechando una buena ocasión para deshacer errores de bulto en su doctrina sobre el alcance de la ley aplicable a las sucesiones con elementos internacionales.

Por una parte, analizando adecuadamente el Derecho vigente en el Estado de Florida, que adscribe al sistema del *common law* (lo que merecería algunas matizaciones), observa la Res. DGSJyFP que las facultades atribuidas en el testamento a un ejecutor testamentario o “*personal representative*” únicamente pueden llevarse a cabo, salvo contadas excepciones, una vez que este obtiene el correspondiente *probate* de las autoridades judiciales de Florida, conforme a lo dispuesto en el *Florida Probate Code*, circunstancia que no aparece acreditada. La Res. DGSJyFP cita específicamente las reglas que requieren el *probate* para que los órganos jurisdiccionales

puedan interpretar (construir, literalmente en inglés) el testamento, aunque dicha reglamentación contiene asimismo disposiciones sobre el efecto probatorio del *probate* y la limitación de la eficacia del testamento que no ha obtenido dicho *probate*.

Estimando como correcta la apreciación de la Res. DGSJyFP, las facultades del *personal representative* para adjudicar la herencia no quedan acreditadas y, por tanto, ni él en persona ni su apoderado pueden proceder a la adjudicación de los bienes hereditarios ante notario español. En efecto, no se pone en duda el juicio de suficiencia del poder de representación, que por cierto precisamente en Florida puede otorgarse con perspectivas ciertas de equivalencia sin necesidad de acudir al cónsul, sino las facultades del poderdante, en la medida en que “no se justifica, como se ha indicado, la aprobación del correspondiente *probate* o la innecesariedad del mismo conforme a la ley sucesoria”.

La incoherencia aparece a renglón seguido, cuando la Res. DGSJyFP insiste en un error flagrante: “solo quedando acreditado el título de la sucesión podrá, conforme a las reglas de la *lex rei sitae*, procederse a la adjudicación en España de la herencia sujeta al *Common Law* (vid. las Resoluciones de este Centro Directivo de 2 de marzo de 2018 y 15 de junio de 2021 en relación con las adjudicaciones hereditarias británicas sobre bienes en España, que con la correspondiente adaptación serían aplicables a este supuesto)”. Tanto el art. 23.2º, letra e) del Reglamento (UE) nº 650/2012, literalmente, y la sentencia del TJUE en el asunto *Kubicka*, inequívocamente, nos recuerdan que las condiciones y el modo para la transmisión y adjudicación de los derechos reales sobre un bien inmueble por vía sucesoria se rigen por la ley sucesoria y no por la *lex rei sitae* (que solo rige la transmisión de derechos reales inmobiliarios *uti singuli*, por ejemplo, en virtud de una compraventa). De ahí que si la ley sucesoria (como la británica) no prevé una transmisión directa en virtud del testamento de bienes hereditarios, muebles o inmuebles, sino solo indirecta a través de la adjudicación por el *executor*, los atajos de la Res. DGSJyFP sobre la base injustificada a la *lex rei sitae* son contrarios a lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 650/2012, a menos que se justifique el reenvío a la ley española como ley sucesoria o la imposibilidad de aplicar el Derecho británico. *Errare humanum est, sed perseverare diabolicum* (S.S.L.).

17. APORTACIÓN DE CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE UN REGISTRO TESTAMENTARIO EXTRANJERO (Res. DGSJyFP 26 octubre 2022).

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de octubre de 2022 resuelve un recurso referido a una sucesión hereditaria sujeta al Reglamento (UE) nº 650/2012, relativa a una causante de nacionalidad alemana, residente en España en el momento del fallecimiento, que había otorgado testamento en España en 2020 haciendo *professio iuris* en favor de la aplicación de la ley alemana correspondiente a su nacionalidad. Como única cuestión, en el recurso se discute si es o no necesario incorporar a la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de dicha causante alemana el certificado del registro de actos de última voluntad alemán o la justificación de su no existencia, tal y como requería la registradora.

Observaciones: En su resolución estimatoria del recurso, la Res. DGSJyFP va a modificar de forma clara su doctrina anterior sobre el particular. La Res. DGSJyFP recuerda la práctica anterior al Reglamento, consistente en requerir la certificación negativa del registro extranjero correspondiente a la nacionalidad del causante, cuya ley resultaba aplicable conforme al art. 9.8º. Cc. La Res. DGSJyFP se refiere a una evolución o matización de esta doctrina, tras la entrada en virtud del Reglamento europeo, habida cuenta de que la nacionalidad se debilita como conexión en favor de la residencia habitual, con la excepción de la posibilidad de su aplicación en virtud de *professio iuris*, que es, precisamente, el caso planteado.

La Res. DGSJyFP estima, con toda razón, que compete a la ley española establecer la procedencia o no de una certificación del registro testamentario extranjero, habida cuenta de la

exclusión de las cuestiones referidas a los requisitos, procedimiento y efectos de la inscripción registral contenida en el art. 1.2º letra J) del Reglamento. Observa en tal sentido que la reforma del art. 14 LH no afecta a los arts. 76 y 78 del Reglamento, que permanecen inalterados, de forma que “no existe en la normativa interna una exigencia de aportar certificado distinto al español, ni interpretación extensiva no prevista en el texto reglamentario”. La Resolución no descarta que, en virtud del principio de seguridad jurídica y de responsabilidad de las autoridades sucesorias, en casos limitados sea precisa la aportación, además del registro de actos de última voluntad español, de la certificación correspondiente al país de la nacionalidad del causante extranjero, si bien estima que las circunstancias del caso actual no amparan dicho requerimiento, dado que el causante tenía su residencia en España.

Lamentablemente, aunque el cambio de doctrina parece evidente, como reseñaremos a continuación, la Resolución proporciona muy poca seguridad jurídica y ninguna clara indicación acerca de en qué casos es procedente requerir un certificado negativo de un registro testamentario extranjero, ni tampoco de cuáles son las circunstancias de inseguridad jurídica que aconsejan tal requerimiento.

El recurso debe resolver, en esencia, cómo resolver una laguna legal relativa a los documentos que deben acompañar la inscripción de la adquisición de un bien por vía sucesoria en supuestos internacionales, en concreto, en relación con los certificados negativos de registros testamentarios. En primer lugar, debe observarse, tal y como señala la Res. DGSJyFP, que de conformidad con lo establecido en el art. 58 LCJIMC, corresponde a la ley española establecer los requisitos legales para la inscripción y, en particular, los documentos que deben acompañar al título de inscripción. En la inscripción de la sucesión, en aplicación del art. 76 RH, debe acompañarse certificado de defunción y certificación del Registro de Actos de Última Voluntad español. La regla está pensada para supuestos internos y, en consecuencia, debe ser objeto de desarrollo interpretativo para adaptarse a las exigencias de las sucesiones internacionales.

A tal efecto, es preciso recordar cuál es la función que cumple la exigencia prevista en el RH. Es evidente que la exigencia documental atiende a un principio básico de seguridad jurídica. Si lo que se pretende es la inscripción de la sucesión intestada, el principio de veracidad de los hechos inscritos debe descartar la existencia de una sucesión testamentaria, lo que se consigue merced al certificado negativo del registro testamentario. Si el título de inscripción es un testamento, la certificación responde igualmente al principio de seguridad jurídica, y tiende a descartar la posibilidad de un testamento posterior al que sirve de título de inscripción.

La extensión de esta norma a supuestos internacionales debe responder al mismo principio de seguridad jurídica. La doctrina de la Res. DGSJyFP en los últimos tiempos ha extendido esta exigencia a la certificación del registro testamentario de la ley aplicable a la sucesión: Resoluciones DGRN de 21 de marzo de 2016), 28 de julio de 2016, 11 de enero de 2017, 2 de febrero de 2017 y 10 de abril de 2017; y resoluciones Res. DGSJyFP de 28 de julio de 2020, 30 de julio de 2021 y 25 de agosto de 2021. La ley aplicable a la sucesión refleja, en todo caso, un vínculo estrecho de la vida del causante con un Estado determinado, ya sea el correspondiente a su nacionalidad o residencia habitual, incluso, al lugar de ubicación del patrimonio hereditario. De ahí que la exigencia de un certificado negativo del país cuya ley es aplicable a la sucesión debería ser en todo caso requerido por un principio elemental de seguridad jurídica, incluso si se trata de una ley elegida (la ley nacional) en virtud de *professio iuris*. No sigue ya este criterio la nueva Resolución, al menos cuando la residencia habitual del causante se sitúa en España. Sin embargo, tampoco aclara si habría que hacer tal requerimiento si la residencia habitual del causante estuviese en otro Estado extranjero distinto al de la nacionalidad del causante, elegida esta última como ley sucesoria. En tal caso, ¿habría que requerir el certificado del registro testamentario del país extranjero de la residencia habitual, del país extranjero de la nacionalidad cuya ley se aplica, o de ambos?

El principio de seguridad jurídica, sin embargo, no queda plenamente garantizado cualquiera que sea la interpretación que se haga del alcance de esta nueva doctrina. Al margen de la ley aplicable a la sucesión, en algunos casos leyes distintas reflejan un vínculo estrecho con el causante. Así, aunque la ley sucesoria sea la ley nacional del causante, en virtud del art. 9.8º. Cc o en virtud de *professio iuris*, es posible que se suscite la sucesión aparentemente intestada de un español que fallece habiendo residido en país extranjero durante las últimas décadas de su vida. Omitir en un caso tal la certificación negativa del registro testamentario del país de la residencia habitual del causante constituye un grave riesgo para la seguridad jurídica, máxime cuando según el régimen propio de tal país la ley aplicable a la sucesión puede ser, precisamente, la ley de la residencia habitual en el momento de fallecimiento y no la ley nacional del causante. Pero del mismo modo, en virtud de la regla general sobre la ley aplicable contenida en el art. 21 del Reglamento UE 650/2012, exigir únicamente el certificado negativo del país de la residencia habitual del causante en el momento de fallecimiento, con omisión del certificado del país de la nacionalidad del causante, entraña riesgos asimismo para la seguridad jurídica, si el vínculo con el país de la nacionalidad sigue siendo muy estrecho, en particular si ha residido en dicho país durante muchos años y no consta un testamento otorgado en el país de la última residencia habitual. Incluso la coincidencia de la nacionalidad con la residencia en el momento del fallecimiento no descarta la utilidad de reclamar la certificación negativa de otro registro: cabe pensar en un español que trabaja y reside en Alemania durante cuarenta años y que, tras su jubilación, fija su residencia en España y fallece muy poco después; la ley aplicable será presumiblemente la ley española, que coincide con la nacionalidad y con la residencia del causante en el momento del fallecimiento, pero existe una alta probabilidad de que el causante, durante los cuarenta años de residencia en Alemania, hubiera otorgado allí un testamento.

En suma, en atención al principio de seguridad jurídica que informa el art. 76 RH, en sucesiones transfronterizas, además del certificado del Registro español de Actos de Última Voluntad debería requerirse el certificado del registro testamentario del país cuya ley es aplicable a la sucesión y, además, el de cualquier otro Estado que presente una vinculación seria, estrecha y relevante con el causante.

La exigencia documental, sin embargo, debe sujetarse a excepciones y modulaciones, en virtud del principio de proporcionalidad. En primer término, el certificado no debe ser requerido cuando del propio título sucesorio y en particular, de una declaración de herederos abintestato o documento público equivalente se desprenda la inexistencia de testamento en el país en cuestión. En segundo término, dado que, en muchos sistemas, especialmente de filiación angloamericana, no existe un registro central de testamentos propiamente dicho, el requerimiento sería impracticable y bastará con que en la solicitud se acredite la inexistencia de dicho registro. Y, en tercer lugar, finalmente, aunque tal registro testamentario exista, como es el caso de Alemania planteado en el recurso, es posible que sus datos no sean accesibles a los particulares o en supuestos transfronterizos, en cuyo caso una exigencia de tal certificado sería desproporcionada e incluso, en el marco europeo, contrario a las libertades de circulación, al suponer costes y condiciones más gravosas respecto a las sucesiones de nacionales del foro o de terceros Estados.

En concreto, el Registro Central de Testamentos alemán (ZTR) únicamente emite certificaciones a instancias de notarios o jueces alemanes con ocasión de la apertura de la sucesión en Alemania. La única opción, por tanto, es realizar la consulta a través de un notario alemán, cuya cooperación es improbable si la sucesión no debe abrirse en Alemania. En consecuencia, en un caso como el presente, en que no es factible o razonable la consecución de una certificación negativa del Registro Central de Testamentos alemán, parece razonable entender eximida dicha exigencia, aplicando *mutatis mutandis* el criterio expresado por la propia Res. DGSJyFP en la doctrina señalada cuando no existe dicho registro a los casos en que resulta materialmente imposible obtener dicha certificación.

18. REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA INSCRIPCIÓN EN VIRTUD DE ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE HERENCIA OTORGADA ANTE NOTARIO FRANCÉS (Res. DGSJyFP 12 enero 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de enero de 2023* aborda la inscripción de una escritura autorizada por un notario francés por la que se formalizó la herencia de un causante de nacionalidad francesa fallecido en 1992, otorgada por el cónyuge viudo y las dos herederas, con base en un acta notarial de declaración de herederos otorgada asimismo por notario francés, que aparece meramente reseñada. El registrador opone tres defectos que derivan de la aplicación de la ley española a los aspectos registrales en virtud, especialmente, de lo dispuesto en el art. 58 LCJIMC: a) es necesario aportar el número de identificación de extranjero de todos los intervinientes en la partición; b) debe aportarse el acta de notoriedad de declaración de herederos que se reseña en la escritura calificada; y c) en cualquier caso, la escritura no es inscribible, por falta de equivalencia del documento público presentado, pues en ella el notario, si bien da fe de la identidad de los comparecientes, no emite juicio sobre la capacidad de los mismos. La Res. DGSJyFP confirma los defectos observados.

Observaciones: En cuanto a la necesidad de subsanar la escritura haciendo constar el NIE, la Res. DGSJyFP observa la necesidad de una aplicación estricta del art. 254 LH, que se extiende incluso a quienes no adquieren bienes en virtud de la herencia: “Una interpretación lógica y finalista del art. 254 LH –evitar el fraude que pueda afectar a los bienes inmuebles y a sus rentas, controlando el verdadero titular de los mismos– conduciría a la interpretación restrictiva del precepto, según la cual la información fiscal exigible se limita a quien acepte una sucesión en España de bienes objeto de inscripción, careciendo de sentido la importante carga adicional de la obtención de número de identidad de extranjero a quien nada adquiere en España, siempre que quede acreditado el flujo de pagos en el documento calificado. Por ello, esta Dirección General, en Resolución de 13 de diciembre de 2010, admitió la inscripción de una escritura de herencia sin necesidad de acreditar el número de identidad de extranjero de los legatarios de bienes muebles de escaso valor –haciendo hincapié en la desproporción de la solicitud–. Sin embargo, en la posterior Resolución de 15 de octubre de 2015, afirmó que: ‘La obligación de consignación del NIE no está limitada al hecho de adquirir o transmitir un bien inmueble, sino que se extiende a todos los supuestos de participación en una relación jurídica con trascendencia tributaria lo que evidentemente ocurre en el presente supuesto. Si el legislador hubiera querido limitar tal obligación, al menos en el ámbito del Registro de la Propiedad, a los supuestos de transmisión o adquisición de derechos sobre bienes inmuebles lo hubiera hecho así dando al art. 254 LH una redacción distinta de la que figura en los demás textos legales citados como sería el caso de los notarios cuyo campo de actuación no está limitado al ámbito inmobiliario’”.

Procede recordar la restrictiva doctrina contenida en la Resolución DGRN de 13 de octubre de 2015, mantenida en la Res. DGSJyFP 6 de marzo de 2020. Esta última señala: “No existiendo diferencia apreciable entre ambos supuestos, mientras no exista una base legal para modificar la doctrina de este Centro Directivo, debe confirmarse la obligatoriedad de su constancia en el documento notarial, siendo su omisión un defecto subsanable. Su subsanación exigirá, por tanto, bien el otorgamiento de escritura complementaria por el notario autorizante del título calificado, o bien escritura pública en España, pues como recuerda la Resolución de 13 de octubre de 2015, en relación con la falta de constancia de N.I.E. de obligados siendo defecto subsanable, la constancia en escritura pública debe ser exigida, aunque el documento haya sido otorgado fuera de España”.

Esta exigencia puede resultar desproporcionada cuando se trata de una escritura pública otorgada en el extranjero, que cumple en principio las condiciones de equivalencia del art. 60 LCJIMC. Una interpretación atenuada debería acaso permitir una corrección de dicha doctrina, permitiendo que cuando la escritura ha sido otorgada en el extranjero, conforme a la ley extranjera aplicable a la sucesión, en documento público equivalente a una escritura pública en

España, pudiera subsanarse la omisión del NIE acompañando a la escritura la correspondiente certificación. Del mismo modo, en un caso en que el hijo no comparece en la escritura otorgada ante el notario español ni tiene derecho alguno sobre el bien situado en España también sería improcedente requerir su NIE. Sin embargo, estas interpretaciones atenuantes de la exigencia no son compartidas por la Res. DGSJyFP.

Conviene indicar finalmente que, como sugiere la calificación registral, la aplicación del art. 254 LH deriva del mandato contenido en el art. 58 LCJIMC que ordena la aplicación de la ley española como ley del foro registral o *lex registrationis*. Una vez más, la Res. DGSJyFP fundamenta indebidamente esta aplicación en el título de aplicación de la ley española como *lex rei sitae* y en el art. 60 de la LCJIMC: “Esto es así porque el criterio de la «lex rei sitae» conduce a la aplicación de la ley española respecto de los requisitos exigibles para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad español, conforme a los arts. 10.1º Cc y 60 LCJIMC, siendo la constancia del número de identidad de extranjero de los herederos en escritura pública uno de ellos, según ha quedado señalado”.

También se ampara el segundo defecto en lo dispuesto en el art. 58 LCJIMC, en relación en este caso con lo dispuesto en el art. 14 LH, que establece los títulos para la inscripción de la sucesión. En defecto de testamento, la escritura de adjudicación de herencia debe venir acompañada del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, sin que sea suficiente su mera mención. Contrasta esta decisión de la Res. DGSJyFP con su propia doctrina que justifica la inaplicación del art. 14 de la LH en favor de la *lex causae* cuando el título presentado se considera suficiente en el país de origen para la transmisión sucesoria. Ya se ha criticado esta doctrina), de forma que debe saludarse la correcta comprensión que aporta la presente resolución que, en todo caso, exige que haya una aportación, transcripción o testimonio suficiente del título sucesorio en la escritura de adjudicación de la herencia.

En contrapartida, el tercer defecto se basa en la falta de equivalencia de la escritura de adjudicación de herencia (art. 60 LCJIMC) por cuanto no queda acreditado uno de los requisitos esenciales de dicha equivalencia en los documentos notariales, a saber, el juicio de capacidad de los comparecientes, “siendo suficiente una certificación o declaración notarial o la observancia de cualquier otra forma que según la ley extranjera aplicable sea equivalente”, lo que no concurría en el presente caso. La Res. DGSJyFP ya se había pronunciado en el mismo sentido en un caso similar en la resolución de 6 de marzo de 2020. En suma, falta la acreditación de que, aunque el notario francés no explicita un juicio de capacidad de los comparecientes en los documentos públicos que otorga, dicho juicio se encuentra implícito en su firma (S.S:L.).

19. TÍTULO SUCESORIO Y DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS EN LA INSCRIPCIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA A DERECHO EXTRANJERO (Res. DGSJyFP 10 mayo 2023).

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo de 2023* aborda la inscripción de una escritura de compraventa, en que la vendedora actúa como heredera universal de su esposo, nacional italiano fallecido en 2004 en los Países Bajos. Como título sucesorio se aporta una escritura otorgada ante un notario de Rotterdam el día 7 de junio de 2004, en la que se hace constar que según el Registro de Testamentos de La Haya, el causante había otorgado testamento en 2003 designando a su esposa como heredera universal. Se suspende la inscripción, de un lado, porque no se acredita el cumplimiento de lo establecido en el art. 254 LH respecto a la sucesión del esposo causante de la vendedora, y de otro porque no se aporta el certificado de defunción del causante, ni el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad español; además, tampoco se aporta copia autorizada del testamento ni el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad de dicho país ni del país de la nacionalidad del causante.

Respeto del primer defecto, la Res. DGSJyFP recuerda que "conforme al art. 254 LH, para que un documento pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante (bien lo sea igualmente en soporte electrónico o en papel) que el documento ha sido presentado a liquidación del impuesto que corresponda, o que dicho impuesto ha sido objeto de autoliquidación (bien haya sido esta última con ingreso de la cuota que corresponda, bien se haya alegado la exención o no sujeción que en su caso corresponda). Y, añade, para acreditar el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago, debidamente sellada, como la nota de justificación, exención o no sujeción, que deberán ser expedidas por la oficina liquidadora correspondiente. En consecuencia, debe confirmarse el defecto señalado si bien tiene fácil subsanación mediante la presentación en el Registro en tiempo y forma los documentos acreditativos correspondientes".

Respecto del segundo defecto, se refiere en primer lugar la Res. DGSJyFP a la exigencia del certificado del registro testamentario del país de la nacionalidad del causante, cuya ley es aplicable a la sucesión en virtud del art. 9.8º Cc, aplicable por razones transitorias. Señala la DEGSJyFP el cambio de doctrina que supone la aplicación de las nuevas conexiones del Reglamento (UE), no aplicable a este caso, plasmada en las resoluciones de 10 de abril de 2017 y de 26 de octubre de 2022, de forma que no resulta procedente "el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual", y "parece sólo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad, que acreditare si existe o no disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española, imponiéndose la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (arts. 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), sea o no la del Estado o Estados cuya nacionalidad ostentare el causante".

Finalmente, la Res. DGSJyFP confirma la calificación, porque no se aportan los documentos que son procedentes, además del señalado: "Conforme a estos requisitos de la legislación española (arts. 14 LH y 76 y 78 RH), debe acompañarse a la escritura el título sucesorio, la certificación de defunción respectiva y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad. El recurrente considera que dicho título, conforme al art. 14 LH, es una escritura de declaración de herederos ante un notario de Rotterdam, que en términos generales y de acuerdo con la Ley neerlandesa, es la autoridad competente para pronunciarse sobre la sucesión. Sin embargo, de la escritura que se presenta como título sucesorio no resulta acreditado lo que exige la legislación española, esto es, el certificado de defunción del causante, el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad español, la copia autorizada del testamento de dicho causante otorgado en los Países Bajos de fecha 7 de agosto de 2003, y la certificación, en su caso, del registro semejante a nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad correspondiente a dicho país y al país de la nacionalidad del causante. En el concreto supuesto, en la escritura del notario de Rotterdam, de fecha 7 de junio de 2004, no se incorpora ni testimonio ninguno de los documentos dichos, por lo que el defecto debe ser confirmado."

Observaciones; No habría inconveniente en dispensar de la presentación de algunos de estos documentos, tales como el certificado de defunción o el propio testamento, si el certificado sucesorio nacional, en este caso la escritura pública neerlandesa, contuviera un testimonio de la propia defunción y una reproducción íntegra de las disposiciones testamentarias, lo que no parece ser el caso como advierte la Res. DGSJyFP. Asimismo, bastaría con que la escritura neerlandesa acreditara que en el registro de testamentos en los Países Bajos no consta la existencia de otro testamento, lo que sí parece ser el caso. Pero en todo caso, habría que aportar la certificación negativa del registro testamentario italiano, a juicio de la Res. DGSJyFP en la sola medida en que la ley nacional italiana es aplicable a la sucesión (S.S.L.).

20. *PROFESSIO IURIS* EN FAVOR DE LA LEY NACIONAL CUANDO EL CAUSANTE OSTENTA DOBLE NACIONALIDAD (Res. DGSJyFP 24 julio 2023).

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 24 de julio de 2023 aborda un caso sumamente interesante de *professio iuris*. En testamento otorgado en España la causante manifestó ser natural de Buenos Aires, de nacionalidad italiana y se identificó con su carta de identidad de la República Italiana. En testamento legó “lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella” e instituyó “por su único y universal heredero, a su libre voluntad, a su nombrado esposo don..., al cual sustituye vulgarmente por sus nombrados hijos don..., doña... y doña..., por partes iguales, a los cuales sustituye por sus respectivos descendientes con derecho de acrecer en su caso”. Añadiéndose en el testamento en cuestión lo siguiente: “Tercero. Dice ser éste su primer testamento. Cuarto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley nacional de la testadora”.

En la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia, el notario español hace constar que “[e]n el momento de su defunción, la causante ostentaba doble nacionalidad (italiana y argentina), y tenía establecida su residencia habitual y permanente en España, por lo que la Ley aplicable a la sucesión es la española por ser el Estado de la residencia habitual de la causante al tiempo de su fallecimiento, y siendo dicha Ley aplicable la del Estado español, han de aplicarse las normas del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por ser la Ley de la unidad territorial en la que la causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento – arts. 21.1 y 36.2 a) del Reglamento de la Unión Europea número 650/2012...-”.

El registrador suspende la inscripción tras analizar las circunstancias del caso, a la luz de lo dispuesto en los arts. 22 y 83 del Reglamento (UE) nº 650/2012, al entender que existe una *professio iuris* en favor de la ley italiana.

Observaciones: El supuesto planteado plantea una delicada cuestión interpretativa. En la fecha en que se otorgó el testamento, no existía posibilidad de *professio iuris* según la legislación española. En consecuencia, la ley aplicable no podría ser otra que la ley nacional. El argumento esencial del recurso estriba en determinar que cuando la causante se refiere en su testamento a la “ley nacional”, no puede entenderse como una verdadera elección de la ley aplicable, sino como una cláusula de estilo para poner en evidencia que las legítimas debían acomodarse a tal Derecho aplicable, a la luz del art. 9.8.º Cc.

Observa el notario autorizante que la nacionalidad italiana probablemente no era la nacionalidad “efectiva” de la causante. Es cierto que, con frecuencia, muchas personas que son italo-argentinas por *ius sanguinis* nunca han tenido residencia efectiva ni especial vinculación con Italia, pero esta circunstancia no puede ser tenida en consideración en la aplicación del art. 22 del Reglamento. Como se desprende del párrafo segundo del art. 22.1.º del Reglamento, la *professio iuris* faculta al causante a elegir, en caso de doble nacionalidad, cualquiera de las nacionalidades que ostente, sea o no la efectiva, por lo que carece de sentido plantearse si la causante no hizo mención alguna a esa situación de doble nacionalidad y perderse en razonamientos inútiles sobre cuál era la ley nacional más conectada con la causante.

La cuestión, por tanto, es si del testamento se puede inferir una elección de la ley italiana. El notario en su recurso insiste que en realidad las disposiciones materiales del testamento se conforman con el Derecho catalán más que con el Derecho italiano: “La segunda y la tercera se limitan a nombrar heredero universal y único al cónyuge viudo, señalando una sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes y un derecho de acrecer, y dispone que es su primer testamento. Con dichas cláusulas, no hay duda de que la testadora está haciendo el testamento conforme a la ley del lugar del otorgamiento, esto es, la legislación catalana. Así reconoce el registrador en su calificación, fundamento de derecho tercero, que el testamento sigue una estructura básicamente habitual de una disposición testamentaria otorgada en Cataluña”.

La Res. DGSJyFP se decanta por las tesis del notario: “Ciertamente, es más que difícil encajar una declaración como la que se contiene en el testamento analizado (que se antoja más bien una cláusula de estilo al uso en los testamentos con elemento internacional otorgados antes de la aprobación del Reglamento), en una *professio iuris* tácita en favor de la ley italiana. Piénsese, además, que de seguirse la postura que se mantiene en la calificación impugnada se estaría vedando la aplicación, por vía indirecta, del art. 21.2º del Reglamento, pues si este artículo hace que, sobre la residencia habitual, prevalezca la ley con la que el causante tenga vínculos más estrechos, aquí todo parece indicar que precisamente es la de la residencia habitual la que presenta esos vínculos, pues es perfectamente deducible de la documentación obrante en el propio expediente (testamento, certificado de defunción), que esa residencia en Cataluña fue continuada en el tiempo”.

En suma, la interpretación que proponen tanto en notario como la Res. DGSJyFP es que la referencia en el testamento a la ley nacional de la causante, que obviamente a la luz de sus declaraciones en el propio testamento solo puede entenderse como una referencia a la ley italiana, no implica una voluntad de elección expresa ni tácita de dicha ley, sino una referencia a la ley aplicable imperativamente de conformidad con el art. 9.8º Cc, entonces vigente. Por su parte, el registrador estima que dicha referencia puede entenderse como una elección expresa de la ley aplicable, es decir, opta por una lectura más literal de las disposiciones testamentarias.

Se enfrentan, pues, dos posturas clásicas de la interpretación de las declaraciones de voluntad. Una, la del registrador, más objetiva, a la luz de lo que la causante ha dicho. Otra, la del notario y la Res. DGSJyFP, más subjetiva, tratando de hallar la verdadera intención o voluntad de la causante. Aunque esta segunda opción que justifica la resolución pudiera ser plausible, lo cierto es que presenta una falla digna de mención. En realidad, el art. 9.8º Cc no lleva a la aplicación imperativa de la ley de la nacionalidad italiana, aparentemente preferida por la causante, pero tampoco de la ley argentina. De conformidad con el art. 9, apartados 9º y 10º, Cc, asimismo aplicables en el momento de testar, si la causante hubiera querido, como se pretende, conformarse al Derecho sucesorio catalán en la medida de lo posible, le hubiera bastado con hacer valer su doble nacionalidad y omitir cualquier referencia a la ley nacional. De conformidad con el art. 9.9º Cc, en una situación relativa a un ciudadano que ostenta dos nacionalidades extranjeras, la ley aplicable (su ley personal) no sería ninguna de tales leyes nacionales, sino la ley de la residencia habitual designada en el art. 9.10º Cc, esto es, la ley española. Dicho de otro modo, la ley aplicable cuando se hizo el testamento era la misma que indica el art. 21 del Reglamento (UE) nº 650/2012. La causante hubiera podido adecuar su testamento al Derecho catalán, del lugar de su residencia, sin mayor dificultad, sin tener que someterse a ninguna limitación por aplicación de la ley nacional (italiana ni argentina). Si al referirse a su “ley nacional” la causante estaba mediatizada por el art. 9.8º Cc, no se entiende muy bien por qué debe retenerse la toma en consideración o el conocimiento presunto de esa disposición y no de los apartados 9º y 10º del mismo precepto.

En estas circunstancias, los argumentos tanto del notario como de la Res. DGSJyFP se debilitan enormemente. Si tal era la situación, el hecho de que la causante compareciera en su condición de italiana e incluyera una referencia al respecto de su ley nacional introduciría un elemento volitivo claro, al haberse perdido la coincidencia entre “ley nacional” y “ley aplicable” y, por tanto, la sujeción perentoria a la ley nacional italiana. Parece que esta circunstancia no fue debidamente considerada en la interpretación de dicha voluntad (S.S.L.).

Foros internacionales

Unión Europea

1. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INSOLVENCIA (7 diciembre 2022)

El 8 de diciembre de 2022 la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (COM(2022) 702 final 2022/048 (COD) cuyo objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de insolvencia.

I. Antecedentes

Hace mucho tiempo que se ha establecido que la carencia de regímenes de insolvencia armonizados es uno de los obstáculos fundamentales para la libre circulación de capitales en la UE y una mayor integración de los mercados de capitales de la UE. En 2015, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (BCE) señalaron conjuntamente la legislación en materia de insolvencia como un ámbito clave para lograr una «verdadera» UMC. Esta ha sido también la visión coherente de las instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), y numerosos grupos de reflexión. En 2019, el FMI determinó que las prácticas de insolvencia eran uno de los «tres obstáculos fundamentales para una mayor integración de los mercados de capitales en Europa», junto con la transparencia y la calidad de la normativa. El BCE ha subrayado en repetidas ocasiones la necesidad de «abordar las principales deficiencias y divergencias entre los marcos de insolvencia [...] más allá del proyecto de Directiva sobre insolvencia, reestructuración y segunda oportunidad», ya que «unas legislaciones en materia de insolvencia más eficientes y armonizadas [junto con otras medidas] pueden mejorar la seguridad para los inversores, reducir los costes y facilitar las inversiones transfronterizas, al tiempo que hacen que el capital riesgo sea más atractivo y accesible para las empresas».

II. Situación actual

Las normas en materia de insolvencia están fragmentadas a lo largo de las fronteras nacionales. Como consecuencia de ello, producen resultados diferentes en los distintos Estados miembros y, en particular, tienen diferentes grados de eficiencia en cuanto al tiempo necesario para liquidar una empresa y el valor que puede recuperarse. En algunos Estados miembros, esto da lugar a largos procedimientos de insolvencia y a un bajo valor medio de recuperación en los casos de liquidación. Las diferencias entre los regímenes nacionales también crean inseguridad jurídica en cuanto a los resultados de los procedimientos de insolvencia y dan lugar a mayores costes de información y aprendizaje para los acreedores transfronterizos en comparación con los que solo operan a escala nacional.

Los resultados de los procedimientos de insolvencia difieren sustancialmente de un Estado miembro a otro, ya que el plazo medio de recuperación oscila entre 0,6 y 7 años y los costes judiciales entre el 0 y más del 10 %. El promedio de los valores de recuperación de los préstamos a empresas en la UE era del 40 % del saldo vivo en el momento del impago y del 34 % en el caso de las pequeñas y medianas empresas (pymes) a partir de 2018. Los bajos valores de recuperación, los largos procedimientos de insolvencia y los elevados costes de los procedimientos no solo repercuten en la eficiencia de la liquidación de una empresa, también

constituyen una consideración primordial para los inversores o acreedores a la hora de determinar el nivel de la prima de riesgo que esperan recuperar en una inversión. Cuanto menos eficiente sea el régimen de insolvencia, mayor será la prima que cobrarán los inversores, si todos los demás factores son constantes. Una prima de alto riesgo aumenta el coste de capital de la empresa y, si el riesgo es especialmente elevado, disuade a los inversores de conceder créditos. Esto, a su vez, limita la elección de la financiación disponible para la empresa y, de manera más general, su capacidad de obtener financiación asequible para ampliar sus operaciones.

Entre el 10 y el 20 % de los 120.000–150.000 casos anuales de insolvencia en la UE habían obtenido una concesión transfronteriza de crédito. Los regímenes de insolvencia divergentes en la UE representan un problema particular para los inversores transfronterizos, que tienen que tener en cuenta, potencialmente, veintisiete regímenes de insolvencia diferentes a la hora de evaluar una oportunidad de inversión fuera de su Estado miembro de origen. Las condiciones de competencia no son equitativas, ya que inversiones similares en los Estados miembros con regímenes de insolvencia más eficientes se consideran más atractivas que en los Estados miembros con regímenes de insolvencia menos eficientes, lo que crea un obstáculo significativo al flujo transfronterizo de capitales y al funcionamiento del mercado único de capitales en la UE. También es probable que las empresas de los Estados miembros con marcos de insolvencia más eficientes accedan a una financiación más barata, lo que les confiere una ventaja competitiva en comparación con las empresas de otros Estados miembros. Además, los regímenes de insolvencia divergentes en los distintos Estados miembros disuaden a los inversores de considerar inversiones en Estados miembros con cuyos sistemas jurídicos están menos familiarizados. Este es el caso, en particular, de aquellos inversores que carecen de recursos para evaluar veintisiete regímenes de insolvencia diferentes. Esto reduce el potencial general de inversión transfronteriza en la UE, lo que limita la profundidad y amplitud de sus mercados de capitales y dificulta el éxito general del proyecto de la UMC.

III. Objetivos de la Propuesta

Esta iniciativa responde a la necesidad de establecer requisitos mínimos en ámbitos específicos de los procedimientos nacionales de insolvencia que tengan un impacto significativo en la eficiencia y la duración de dichos procedimientos, especialmente en los procedimientos de insolvencia transfronterizos. Para ello las legislaciones nacionales en materia de insolvencia deben incluir normas eficaces que permitan la anulación de actos jurídicos que sean perjudiciales para los acreedores y que hayan sido perfeccionados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (acciones revocatorias). Habida cuenta de que las acciones revocatorias tienen por objeto revertir los efectos perjudiciales para la masa del acto jurídico, procede referirse a la finalización de la causa de este perjuicio como el momento pertinente, a saber, el perfeccionamiento del acto jurídico en lugar de la ejecución de la prestación. Por ejemplo, en el caso de las transferencias de dinero electrónico, el momento pertinente no debe ser cuando el deudor ordene a la entidad financiera que transfiera el dinero a un acreedor (ejecución del acto jurídico), sino cuando se efectúe el abono en la cuenta de este (perfeccionamiento del acto jurídico). Las normas relativas a las acciones revocatorias también deben permitir la indemnización de la masa del concurso por el perjuicio causado a los acreedores por tales actos jurídicos.

Las medidas a escala de la UE garantizarán unas condiciones de competencia equitativas y evitarán distorsiones de las decisiones de inversión transfronteriza causadas por la falta de información y las diferencias en la concepción de los regímenes de insolvencia. Esto ayudaría a facilitar las inversiones transfronterizas y la competencia, al tiempo que se protegería el correcto funcionamiento del mercado único. Dado que las divergencias en los regímenes de insolvencia son un obstáculo fundamental para la inversión transfronteriza, abordar este obstáculo es crucial para lograr un mercado único de capitales en la UE.

III. Relaciones con otras políticas y disposiciones de la Unión

i) Coherencia con las disposiciones existentes en el mismo ámbito de actuación: La presente propuesta es plenamente coherente con otros actos legislativos de la UE en el ámbito de actuación, en particular la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, ya que aborda problemas que el resto de la legislación vigente no afronta. Por lo tanto, esta acción de la UE aborda una auténtica laguna legislativa.

ii) Coherencia con otras políticas de la Unión. La presente propuesta es plenamente coherente con la prioridad de la Comisión de avanzar en la UMC y, en particular, con la acción 11 del Plan de Acción para la UMC y la posterior Comunicación de la Comisión sobre la UMC. El Plan de Acción para la UMC de 2020 anunció que la Comisión adoptaría una iniciativa legislativa o no legislativa con miras a una armonización mínima o una mayor convergencia en ámbitos específicos de la legislación en materia de insolvencia empresarial no bancaria para hacer más previsibles los resultados de los procedimientos de insolvencia. La propuesta también es plenamente coherente con las recomendaciones específicas por país formuladas en el contexto del Semestre Europeo para mejorar la eficiencia y la rapidez de los regímenes nacionales de insolvencia, que han dado lugar a reformas en materia de insolvencia en algunos Estados miembros. Es asimismo coherente con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, ya que no interfiere con el principio de que los trabajadores no conservan sus derechos cuando el traspaso se realiza en el marco de un procedimiento de insolvencia.

IV. Disposiciones específicas de la propuesta

La presente propuesta se centra en las tres dimensiones fundamentales de la legislación en materia de insolvencia: i) la recuperación de los activos de la masa del concurso liquidada; ii) la eficiencia de los procedimientos; y iii) la distribución previsible y equitativa del valor recuperado entre los acreedores. Sus elementos constitutivos se han seleccionado cuidadosamente sobre la base de la experiencia adquirida en la negociación de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, las deliberaciones y recomendaciones finales del grupo de expertos, los resultados de la consulta pública, un estudio realizado por un consultor externo y una amplia interacción con las partes interesadas.

La presente propuesta tiene por objeto maximizar la recuperación del valor de la empresa insolvente para los acreedores. A tal fin, las disposiciones sobre acciones revocatorias y rastreo de activos se refuerzan mutuamente. Para ello, introducen un conjunto mínimo de condiciones armonizadas para ejercer acciones revocatorias y refuerzan la trazabilidad de los activos mediante la mejora del acceso de los administradores concursales a la información sobre cuentas bancarias, la información relativa a la titularidad real y determinados registros nacionales de activos, incluidos los de otros Estados miembros. Estas disposiciones se combinan con la posibilidad de maximizar el valor de recuperación de la empresa en un momento temprano a través de procedimientos de *pre-pack* y con la obligación de los administradores de presentar rápidamente una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia para evitar posibles pérdidas de valor de los activos para los acreedores.

La presente propuesta también tiene por objeto reforzar la eficiencia de los procedimientos, en particular en lo que se refiere a la liquidación de microempresas insolventes. Es importante garantizar que las nuevas normas también funcionen bien para las microempresas de la UE. El coste de los procedimientos ordinarios de insolvencia para estas empresas es prohibitivamente elevado y la posibilidad de beneficiarse de una exoneración de deudas les permitiría desbloquear el capital de emprendimiento necesario para nuevos proyectos. Esto se complementa con una mayor transparencia para los acreedores sobre las características fundamentales de la legislación nacional en materia de procedimientos de insolvencia, y también sobre el desencadenante de la insolvencia.

Por último, para garantizar una distribución justa y previsible de los valores recuperados entre los acreedores, la propuesta introduce requisitos para mejorar la representación de los intereses de los acreedores en los procedimientos a través de los comités de acreedores. Esto se complementa con una mayor transparencia para los acreedores en relación con las normas que rigen el orden de prelación de los créditos.

La propuesta de Directiva se divide en nueve títulos.

El título I contiene disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación y las definiciones.

El título II, sobre acciones revocatorias, establece normas mínimas de armonización destinadas a proteger la masa del concurso frente a la retirada ilegítima de activos realizada antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. El objetivo es garantizar que la legislación de los Estados miembros en materia de procedimientos de insolvencia establezca un nivel mínimo de protección en materia de nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de los actos jurídicos perjudiciales para la generalidad de los acreedores. Al mismo tiempo, los Estados miembros pueden introducir o mantener normas que garanticen un mayor nivel de protección de los acreedores, por ejemplo, previendo más motivos de revocación. Las disposiciones contenidas en este título establecen los requisitos previos generales para la nulidad de un acto jurídico, los motivos de revocación y las consecuencias jurídicas de las acciones revocatorias.

El título III, sobre el rastreo de los activos pertenecientes a la masa del concurso, es una intervención específica, que debe situarse en el contexto del Reglamento (UE) 2015/848, el cual establece que, en principio, los administradores concursales también pueden ejercer en otros Estados miembros las facultades que les hayan sido conferidas por la ley del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento principal de insolvencia y hayan sido nombrados. Las normas específicas de dicho título se centran en el acceso de los administradores concursales a diversos registros que contienen información pertinente sobre los activos que pertenecen o deben pertenecer a la masa del concurso. Algunos registros electrónicos nacionales son públicos o incluso accesibles a través de plataformas de interconexión únicas creadas por la UE, como el sistema de interconexión de los registros de insolvencia (IRI) 24. Las disposiciones de la propuesta de Directiva amplían el rango de los registros accesibles para los administradores concursales a algunos registros que no están a disposición del público, como los establecidos originalmente en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales de la UE (registros nacionales centrales de cuentas bancarias o información sobre fideicomisos en los registros de titularidad real de los Estados miembros). El título III también obliga a los Estados miembros a proporcionar a los administradores concursales no nacionales un acceso directo y rápido a los registros citados en el anexo (siempre que ya estén disponibles en el Estado miembro).

El título IV, sobre los procedimientos de *pre-pack*, tiene por objeto garantizar que estos procedimientos, considerados generalmente eficaces para la recuperación del valor para los acreedores, estén disponibles de manera estructurada en los regímenes de insolvencia de todos los Estados miembros. En un procedimiento de *pre-pack*, la venta de la empresa del deudor (o de parte de ella) se prepara y negocia antes de la apertura formal del procedimiento de insolvencia. Esto permite ejecutar la venta y obtener los ingresos de esta poco después de la apertura del procedimiento formal de insolvencia destinado a liquidar una empresa. La presente propuesta contiene una serie de salvaguardias para garantizar que se llegue a los compradores potenciales y que se logre el mejor valor de mercado posible como resultado de un proceso de venta competitivo. Estas salvaguardias se configuran de tal manera que los Estados miembros pueden elegir entre garantizar la competitividad, la transparencia y la equidad del proceso de venta llevado a cabo en la «fase de preparación» (normalmente confidencial) y organizar una subasta pública rápida tras la apertura del procedimiento formal en la «fase de liquidación».

El título V, relativo a las funciones de los administradores, forma parte de las medidas destinadas a maximizar el valor de la masa del concurso. Si bien la propuesta de Directiva no ofrece una definición armonizada de administrador, al transponer las disposiciones contenidas

en dicho título, los Estados miembros deben tener en cuenta que el término administrador debe entenderse en sentido amplio. Esto está en consonancia con la sugerencia de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), según la cual, “[c]omo criterio general [...], puede considerarse que una persona es un director si ha recibido el encargo de adoptar, o de hecho adopta o debería adoptar, decisiones fundamentales con respecto a la gestión de la empresa». Los administradores suelen estar entre los primeros en saber si una empresa se acerca al límite de la insolvencia o lo ha superado. Por lo tanto, deben estar obligados a solicitar a su debido tiempo la apertura de un procedimiento de insolvencia. La propuesta de Directiva establece un plazo para cumplir esta obligación, a la que va aparejada responsabilidad civil. Las disposiciones de este título son normas mínimas de armonización, por lo que los Estados miembros podrán mantener o introducir obligaciones más estrictas para los administradores de empresas próximas a la insolvencia”.

El título VI contiene normas sobre procedimientos de liquidación simplificados para las microempresas. Los marcos nacionales de insolvencia no siempre son adecuados para tratar a las microempresas insolventes de forma adecuada y proporcionada. Las microempresas rara vez solicitan iniciar un procedimiento de insolvencia estándar y, cuando lo hacen, a menudo es demasiado tarde para preservar su valor. En muchos Estados miembros no se lleva a cabo una liquidación ordenada de dichas empresas, ya que los procedimientos de insolvencia estándar no son accesibles o se rechaza su apertura. Esto ocurre si no hay activos en la masa del concurso o si el valor de los activos no cubre los costes administrativos del procedimiento. El objetivo de la propuesta de Directiva es, por lo tanto, garantizar que las microempresas, incluso aquellas sin activos, se liquiden de manera ordenada por medio de un procedimiento rápido y eficiente en términos de costes. El objetivo principal de las disposiciones del título VI es simplificar el procedimiento y reducir los costes administrativos asociados. Por ejemplo, por regla general, no debe nombrarse un administrador concursal para el procedimiento, ya que la intervención de este es el principal factor de coste en los procedimientos de insolvencia y la actividad de estas empresas no suele ser tan compleja como para requerir de un administrador concursal. Del mismo modo, la propuesta de Directiva establece que, por regla general, el deudor debe conservar el control de los activos y negocios de la empresa durante todo el procedimiento. Otro factor de reducción de costes es la posibilidad de que el órgano jurisdiccional proceda a la realización de los activos a través de un sistema de subasta electrónica, que cada Estado miembro debe establecer como parte de sus procedimientos simplificados para las microempresas.

El título VII contiene disposiciones relativas al comité de acreedores. El comité de acreedores es un instrumento fundamental para garantizar que los procedimientos de insolvencia se lleven a cabo de manera que se protejan los intereses de los acreedores y se garantice la participación de acreedores individuales que, de otro modo, podrían no participar en los procedimientos debido a la escasez de recursos o a la lejanía geográfica. El objetivo de las disposiciones de dicho título es, por tanto, reforzar la posición de los acreedores en el procedimiento. Esto se hace garantizando la constitución de un comité de acreedores si la junta general de acreedores está de acuerdo y estableciendo normas mínimas de armonización en relación con aspectos fundamentales, como el nombramiento de los miembros y la composición del comité, los métodos de trabajo, la función del comité y la responsabilidad personal de sus miembros.

El título VIII trata de las medidas que refuerzan la transparencia de las legislaciones nacionales en materia de procedimientos de insolvencia. Obliga a los Estados miembros a elaborar y actualizar periódicamente para los inversores una ficha informativa normalizada y claramente definida con información práctica sobre las principales características de su legislación nacional en materia de procedimientos de insolvencia. Esta ficha informativa debe estar disponible en el Portal Europeo de e-Justicia. Como parte del contenido proporcionado por la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, ya se dispone de cierta información sobre los regímenes nacionales de insolvencia de los Estados miembros en el Portal Europeo de e-Justicia.

Sin embargo, el contenido de estas páginas nacionales existentes no está armonizado de manera que los inversores puedan comparar fácilmente los diferentes regímenes.

El título IX establece las disposiciones finales de la propuesta de Directiva. El art. 69 introduce requisitos para la función del comité de reestructuración e insolvencia, según lo dispuesto en el art. 30 de la Directiva (UE) 2019/1023. El art. 70 introduce una cláusula de revisión y el art. 71 establece las condiciones de transposición de la propuesta de Directiva. El art. 72 establece la fecha de entrada en vigor de la propuesta de Directiva y el art. 73 indica quién es su destinatario.

V. Actuaciones subsiguientes

El Supervisor Europeo de Protección de Datos adoptó su dictamen sobre la propuesta de Directiva el 6 de febrero de 2023.

El Comité Económico y Social Europeo adoptó su dictamen sobre la propuesta de Directiva el 24 de marzo de 2023 (DO C 184 de 25.5.2023).

2. LA COMISIÓN EUROPEA ADOPTA UNA PROPUESTA DE REGLAMENTO DESTINADO A ARMONIZAR A NIVEL DE LA UE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVAS A LA PATERNIDAD (7 diciembre 2022)

La Comisión Europea adoptó el 17 de diciembre de 2022 una propuesta de Reglamento destinado a armonizar a nivel de la UE las normas de Derecho internacional privado relativas a la paternidad. La propuesta se centra en el interés superior y los derechos del niño. Aportará claridad jurídica a todo tipo de familias que se encuentren en una situación transfronteriza dentro de la UE, ya sea porque se desplazan de un Estado miembro a otro para viajar o residir, o porque tienen familiares o bienes en otro Estado miembro. Uno de los aspectos clave de la propuesta es que la paternidad establecida en un Estado miembro de la UE sea reconocida en todos los demás Estados miembros, sin ningún procedimiento especial.

I. Antecedentes

La Presidenta de la Comisión, von der Leyen, dijo en su discurso sobre el Estado de la Unión de 2020 que «si eres padre en un país, eres padre en todos los países». Con esta declaración, la Presidenta se refirió a la necesidad de garantizar que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros a todos los efectos.

Los ciudadanos de la UE pueden vivir y trabajar en diferentes países de la UE. Viajan, se mudan por trabajo, compran casas, forman familias. En este momento, los Estados miembros tienen diferentes leyes nacionales sobre el reconocimiento de la paternidad, por lo que cuando una familia se encuentra en una situación transfronteriza, puede perder los derechos derivados de la paternidad según la legislación nacional. El no reconocimiento de la paternidad pone en riesgo los derechos fundamentales de los niños, incluido su derecho a la identidad, a la no discriminación ya la vida privada y familiar.

La propuesta fue identificada como una acción clave en la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño y la Estrategia de Igualdad LGBTIQ de la UE. El Parlamento Europeo acogió con satisfacción la iniciativa de la Comisión en su Resolución sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia y en su Resolución sobre los derechos LGBTIQ en la UE. En las Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño se subraya que los derechos del niño son universales, que todos los niños disfrutan de los mismos derechos sin discriminación de ningún tipo y que el interés superior del

niño debe ser una consideración primordial en todas las acciones relacionadas con los niños, ya sea que las tomen las autoridades públicas o las instituciones privadas.

II. Proteger los derechos de los niños

El Derecho de la Unión tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en particular sobre la libre circulación, ya establece que la paternidad establecida en un Estado miembro debe ser reconocida en todos los demás Estados miembros para algunos fines: acceso al territorio, derecho de residencia, no discriminación con los nacionales. Sin embargo, este no es el caso de los derechos derivados de la legislación nacional.

La presente propuesta permite que los niños en situaciones transfronterizas se beneficien de los derechos derivados de la paternidad en virtud de la legislación nacional, en materias como la sucesión, el mantenimiento, la custodia o el derecho de los padres a actuar como representantes legales del niño (para cuestiones de escolarización o salud).

Actualmente, los Estados miembros tienen diferentes leyes nacionales sobre la jurisdicción, la ley aplicable y el reconocimiento en el campo de la paternidad, lo que puede causar obstáculos legales para las familias que se encuentran en una situación transfronteriza. Las familias a veces tienen que iniciar procedimientos administrativos o incluso judiciales para que se reconozca la paternidad, pero estos son costosos, requieren mucho tiempo y pueden tener resultados inciertos. Por lo tanto, la propuesta tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de los niños, proporcionar seguridad jurídica a las familias y reducir los costes y la carga judicial para las familias y los sistemas administrativos y judiciales de los Estados miembros.

Los principales elementos de la propuesta incluyen:

- Designación de la jurisdicción: la propuesta determina los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tienen competencia en materias relacionadas con la paternidad, velando por el interés superior del niño;
- Designación de la ley aplicable: por regla general, la ley aplicable al establecimiento de la filiación debe ser la ley del Estado de residencia habitual de la persona que da a luz. Cuando esa regla tenga como resultado el establecimiento de la paternidad con respecto a uno solo de los padres, las opciones alternativas garantizan que la paternidad pueda establecerse con respecto a ambos padres;
- Normas para el reconocimiento de la paternidad: la propuesta prevé el reconocimiento de las sentencias judiciales y de los actos auténticos que establezcan o den fe de la constitución de la paternidad. Por regla general, la paternidad establecida en un Estado miembro, debe ser reconocida en todos los demás Estados miembros, sin ningún procedimiento especial;
- Creación de un Certificado Europeo de Paternidad: los hijos (o sus representantes legales) pueden solicitarlo al Estado Miembro que estableció la paternidad, y optar por utilizarlo para acreditar su paternidad en todos los demás Estados Miembros. La Comisión propone una plantilla armonizada, común a toda la UE. El uso del Certificado sería opcional para las familias, pero tienen derecho a solicitarlo y que sea aceptado en toda la UE.

La propuesta complementará otras normas de derecho internacional privado de la UE, en cuestiones como la sucesión. No armoniza el derecho sustantivo de familia, que sigue siendo competencia de los Estados miembros.

III. Actuaciones futuras

La propuesta de la Comisión debe ser adoptada por unanimidad por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo. Cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento, la Comisión evaluará su aplicación por parte de los Estados miembros y podrá proponer modificaciones.

3. MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ASILO Y MIGRACIÓN (8 junio 2023)

El Consejo dio el 8 de junio de 2023 un paso decisivo para modernizar el código normativo de la UE en materia de asilo y migración al adoptar una posición negociadora acerca del Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo y del Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración. Esta posición constituirá la base de las negociaciones de la Presidencia del Consejo con el Parlamento Europeo.

Los dos actos legislativos sobre los que el Consejo ha alcanzado una orientación general ((Propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional, 6 de junio de 2023 y Propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, 6 de junio de 2023) forman parte del Pacto sobre Migración y Asilo, que consta de una serie de propuestas de reforma de las normas de la UE en materia de migración y asilo. Este Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, de 23 de septiembre de 2020, iba acompañado de una serie de propuestas legislativas, entre ellas un Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración y una modificación de la propuesta de 2016 de Reglamento sobre el procedimiento de asilo.

1. Propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional, 6 de junio de 2023

1. Racionalización del procedimiento de asilo

El Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo establece un procedimiento común en toda la UE que los Estados miembros han de seguir cuando alguien pide protección internacional. Simplifica las disposiciones procesales (por ejemplo, la duración del procedimiento) y establece normas sobre los derechos del solicitante de asilo (por ejemplo, contar con los servicios de un intérprete o el derecho a asistencia jurídica y representación).

El Reglamento también pretende prevenir los abusos estableciendo obligaciones claras para que los solicitantes cooperen con las autoridades durante todo el procedimiento.

2. Procedimientos fronterizos

El Reglamento sobre los procedimientos de asilo introduce además unos procedimientos fronterizos obligatorios, con el fin de evaluar rápidamente en las fronteras exteriores de la UE si las solicitudes son infundadas o inadmisibles. Las personas sujetas al procedimiento fronterizo de asilo no están autorizadas a entrar en el territorio del Estado miembro.

Se aplicaría el procedimiento fronterizo cuando un solicitante de asilo presente una solicitud en un paso fronterizo exterior tras ser interceptado por un cruce ilegal de fronteras o tras desembarcar a raíz de una operación de búsqueda y salvamento. El procedimiento es obligatorio para los Estados miembros si el solicitante constituye un peligro para la seguridad nacional o el orden público, ha inducido a error a las autoridades con información falsa o ha ocultado información, y si la nacionalidad del solicitante tiene una tasa de reconocimiento inferior al 20 %.

La duración total de los procedimientos fronterizos de asilo y de retorno no debe ser superior a los seis meses.

3. Capacidad adecuada

A fin de llevar a cabo los procedimientos fronterizos, los Estados miembros deben dotarse de la capacidad adecuada de acogida y recursos humanos que se precisa para examinar en cualquier momento un número determinado de solicitudes y ejecutar las resoluciones de retorno.

A escala de la UE, esa capacidad adecuada es de 30 000. La capacidad adecuada de cada Estado miembro se establecerá a partir de una fórmula que tenga en cuenta el número de cruces irregulares de fronteras y de denegaciones de entrada a lo largo de un período de tres años.

II. Propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, 6 de junio de 2023

1. Modificación de las normas de Dublín

El Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración deberá sustituir, una vez acordado, al Reglamento de Dublín vigente, que establece normas para determinar el Estado miembro que es responsable del examen de una solicitud de asilo. El nuevo Reglamento racionalizará esas normas y reducirá los plazos. Por ejemplo, el complejo procedimiento de readmisión actual para trasladar a un solicitante al Estado miembro que es responsable de su solicitud se sustituirá por una simple notificación de readmisión.

2. Nuevo mecanismo de solidaridad

Para equilibrar el sistema actual por el que unos pocos Estados miembros son responsables de la gran mayoría de las solicitudes de asilo, se propone un nuevo mecanismo de solidaridad sencillo, predecible y viable. Las nuevas normas combinan solidaridad obligatoria y flexibilidad para que los Estados miembros decidan las contribuciones individuales. Estas contribuciones incluyen la reubicación, las contribuciones financieras o las medidas solidarias alternativas como el despliegue de personal, o medidas centradas en el desarrollo de capacidades. Los Estados miembros tienen plena discrecionalidad en cuanto al tipo de solidaridad con la que contribuyen. Ningún Estado miembro estará obligado en ningún caso a efectuar reubicaciones.

Habrà un número mínimo anual de reubicaciones, de los Estados miembros por los que entra en la UE la mayoría de las personas hacia Estados miembros menos expuestos a estas llegadas. Este número se fija en 30.000, mientras que el número mínimo anual de contribuciones financieras se fija en 20.000 euros por reubicación. Estas cifras pueden incrementarse cuando sea necesario, y también se tendrán en cuenta las situaciones en las que no se prevea necesidad de solidaridad en un año determinado.

Para compensar un número posiblemente insuficiente de compromisos de reubicación, se introducirán compensaciones de responsabilidad como medida de solidaridad de segundo nivel, para los Estados miembros beneficiarios de la solidaridad. Esto significa que el Estado miembro contribuyente asumirá la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo de personas que, en circunstancias normales, habrían sido objeto de un traslado al Estado miembro responsable (o beneficiario). Este régimen será obligatorio si los compromisos de reubicación no llegan al 60 % de las necesidades totales determinadas por el Consejo para el año en cuestión o no alcanzan el número establecido en el Reglamento (30 000).

3. Prevenir los abusos y los movimientos secundarios

El Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración también contiene medidas destinadas a prevenir abusos por parte del solicitante de asilo y evitar movimientos secundarios (cuando un

migrante se traslada del país por el que entró para buscar protección o reasentamiento permanente en otro país). El Reglamento establece, por ejemplo, la obligación de que los solicitantes de asilo presenten la solicitud en el Estado miembro de primera llegada o estancia legal. Desincentiva los movimientos secundarios al limitar las posibilidades de cese o transferencia de responsabilidad entre Estados miembros y, por tanto, reduce las posibilidades de que el solicitante elija el Estado miembro en el que presenta su solicitud.

Aunque el nuevo Reglamento preserva las principales normas sobre determinación de la responsabilidad, las medidas acordadas modifican los plazos de duración de esta:

- el Estado miembro de primera llegada será responsable de la solicitud de asilo durante un período de dos años;
- cuando un país desee trasladar a un migrante al Estado miembro que sea realmente responsable del migrante y este se fugue (por ejemplo, cuando se oculte para eludir un traslado), al cabo de tres años la responsabilidad pasará al Estado miembro que ejecuta el traslado;
- si un Estado miembro rechaza a un solicitante en un procedimiento fronterizo, su responsabilidad sobre esa persona finalizará al cabo de 15 meses (en caso de renovación de la solicitud).

4. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LAS ASOCIACIONES TRANSFRONTERIZAS EUROPEAS (5 SEPTIEMBRE 2023)

La presente propuesta (COM/2023/515 final) establece medidas para coordinar las condiciones de creación y funcionamiento de las «asociaciones transfronterizas europeas» (ECBA, por sus siglas en inglés), a fin de facilitar que las asociaciones sin ánimo de lucro ejerzan de manera efectiva sus derechos relacionados con la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, la libertad de prestar y recibir servicios, y la libre circulación de mercancías en el mercado interior.

1. Razones y objetivos de la propuesta

La propuesta se deriva de la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 2022, cuyo objetivo es promover las asociaciones y otras organizaciones sin ánimo de lucro en la UE con miras a realizar el mercado interior, proteger sus derechos fundamentales y fomentar un espacio democrático en la UE. Más concretamente, la Resolución pedía a la Comisión, de conformidad con el art. 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), que presentara dos nuevas propuestas legislativas: un Reglamento (con arreglo al art. 352 TFUE) para crear la forma jurídica de la «asociación europea» y una Directiva (con arreglo al art. 114 del TFUE) para armonizar las normas mínimas comunes aplicables a las organizaciones sin ánimo de lucro («OSAL»). La Comisión Europea respondió positivamente al llamamiento del Parlamento Europeo señalando la necesidad de crear un entorno propicio para el sector sin ánimo de lucro, del que las asociaciones son la forma jurídica más presente.

La propuesta tiene por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior para las asociaciones sin ánimo de lucro mediante el establecimiento de medidas de coordinación de las condiciones de creación y funcionamiento de asociaciones transfronterizas europeas (ECBA, por sus siglas en inglés), con el fin de facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de circulación de las asociaciones sin ánimo de lucro que operan en el mercado interior.

Las asociaciones sin ánimo de lucro representan la forma jurídica predominante entre las organizaciones sin ánimo de lucro de la Unión Europea, con un número estimado de 3,8 millones presentes en los Estados miembros de la UE. Las asociaciones sin ánimo de lucro son también las más numerosas de las cuatro formas jurídicas tradicionalmente comprendidas en la economía

social. De ellas, 310 000 asociaciones sin ánimo de lucro operan en más de un Estado miembro, mientras que otras 185 000 podrían, en teoría, participar en actividades transfronterizas si se eliminaran los obstáculos. Las asociaciones sin ánimo de lucro son organizaciones que se mueven por los principios clave de la economía social: la primacía de las personas y de la finalidad social o medioambiental sobre el beneficio, la reinversión de la mayoría de las ganancias y los excedentes para realizar actividades en favor de los socios/usuarios («interés colectivo») o de la sociedad en general («interés general») y una gobernanza democrática o participativa.

Las asociaciones sin ánimo de lucro operan en sectores que tienen incidencia en la sociedad, como la asistencia sanitaria, los servicios sociales, la inclusión social, la cultura, el deporte, la investigación y el desarrollo, la educación y la formación, cuya contribución al PIB de la UE es del 2,9 %. A través de su estructura basada en la afiliación, también tienen un efecto multiplicador directo sobre los ciudadanos que tienen la condición de socios, donantes o beneficiarios de sus actividades. Cuando se prestan a cambio de una remuneración, las actividades de las asociaciones sin ánimo de lucro constituyen un servicio en el sentido del art. 57 TFUE.

Las asociaciones sin ánimo de lucro tienen un efecto positivo para garantizar la justicia social y la prosperidad de los ciudadanos de la UE y desempeñan un papel importante en el crecimiento en el mercado interior. Sin embargo, su potencial socioeconómico no se aprovecha plenamente. Solo podrá explotarse todo el potencial del mercado interior si todos los participantes disfrutan de los derechos que en él se establecen. A tal fin, las asociaciones sin ánimo de lucro necesitan un marco jurídico predecible que les permita llevar a cabo sus actividades sin obstáculos, en particular cuando lo hagan a escala transfronteriza dentro del mercado interior.

En la actualidad, las asociaciones sin ánimo de lucro y sus actividades están reguladas de manera diferente por legislación específica en veinticuatro Estados miembros. Esto genera inseguridad jurídica y da lugar a que se establezcan diferentes procedimientos y requisitos administrativos. Las normas sobre constitución, afiliación y gobernanza imponen requisitos diferentes. Por ejemplo, el número de personas físicas o jurídicas necesarias para constituir una asociación sin ánimo de lucro oscila entre tres y veinte, según el Estado miembro. Se aplican requisitos diferentes cuando se trata de adquirir la condición de socio o desempeñar una función ejecutiva en la asociación sin ánimo de lucro, en algunos casos relacionados con la nacionalidad o la residencia legal. Aunque todas las asociaciones sin ánimo de lucro cuentan con un órgano ejecutivo y decisorio, las normas relativas a su gobernanza varían de un Estado miembro a otro. Además, la adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones sin ánimo de lucro se rige por normas diferentes: algunos Estados miembros conceden personalidad jurídica en el momento de la inscripción en el registro, otros cuando la reconocen las autoridades nacionales o por el mero hecho de la constitución. Las posibilidades de llevar a cabo actividades económicas también varían. Además, una amplia mayoría de los Estados miembros no reconoce las asociaciones de otros Estados miembros que tienen intención de llevar a cabo actividades transfronterizas. De este modo, las asociaciones sin ánimo de lucro que desean llevar a cabo actividades económicas en otro Estado miembro se ven obligadas a constituir y registrar una nueva asociación en ese Estado miembro, lo que conlleva costes y trámites administrativos adicionales. Este hecho también tiene consecuencias en lo que respecta a la canalización de capitales entre asociaciones sin ánimo de lucro, ya que impide que los capitales puedan circular sin obstáculos y perjudica la capacidad de estas asociaciones para desarrollar sus actividades en otro Estado miembro. Las normas también difieren en cuanto al acceso al capital y existen dificultades para acceder a préstamos, créditos y garantías de carácter financiero en las entidades de crédito. Dado su carácter no lucrativo, estos obstáculos son especialmente importantes y agravan la carga financiera que estas asociaciones deben soportar cuando operan a escala transfronteriza en la Unión.

Como se ha señalado en el contexto de la evaluación de impacto en la que se apoya la presente propuesta, estas divergencias imponen costes de cumplimiento injustificados a las asociaciones sin ánimo de lucro que desean llevar a cabo actividades en varios Estados miembros, crean

inseguridad en cuanto a las obligaciones que les son aplicables y pueden tener un efecto disuasorio para la prestación de servicios y su ulterior desarrollo, lo que tendría una incidencia social en el mercado interior. Esta heterogeneidad no solo va en menoscabo del correcto funcionamiento del mercado interior, sino que también tiene efectos negativos para la libertad de asociación, así como para la libertad de expresión e información, y, en última instancia, dificulta que las asociaciones sin ánimo de lucro exploten todo su potencial para generar valor económico y social en la UE.

II. Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta

La propuesta de Directiva establece medidas para coordinar las condiciones de creación y funcionamiento de las «asociaciones transfronterizas europeas» (ECBA), con el fin de facilitar que las asociaciones sin ánimo de lucro ejerzan de manera efectiva sus derechos relacionados con la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, la libertad de prestar y recibir servicios, y la libre circulación de mercancías en el mercado interior. Contiene las disposiciones siguientes:

El capítulo 1 contiene, en primer lugar, disposiciones generales como el objeto y el ámbito de aplicación (art. 1) y las definiciones (art. 2). En segundo lugar, detalla las características de una ECBA (art. 3) y las normas que le son aplicables (art. 4). En tercer lugar, otorga a las ECBA personalidad y capacidad jurídicas, así como su reconocimiento automático en todos los Estados miembros (art. 5). En cuarto lugar, establece normas comunes para las ECBA en lo que respecta a sus estatutos (art. 6), gobernanza (art. 7) y socios (art. 8).

El capítulo 2 enumera los derechos y las restricciones prohibidas de las ECBA. Estas asociaciones se benefician de los principios de igualdad de trato (art. 9) y no discriminación (art. 10). Todas las decisiones que adopten las autoridades administrativas de los Estados miembros con respecto a una ECBA deben estar sujetas a control judicial (art. 11). Una ECBA solo debe registrarse en un Estado miembro para obtener personalidad y capacidad jurídicas y, únicamente por razones imperiosas de interés general, es posible que tanto el Estado miembro de origen como el de acogida soliciten trámites adicionales (art. 12). Una ECBA debe poder solicitar financiación en el Estado o los Estados miembros en los que opera y no debe restringirse su capacidad de proporcionar o recibir financiación, salvo en la medida en que tales restricciones estén prescritas por ley, cuando se justifiquen por razones imperiosas de interés general, cuando ello sea adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido y cuando no se vaya más allá de lo necesario para conseguirlo (art. 13). Además, debe poder prestar y recibir servicios y participar en el comercio de mercancías (art. 14). Por otra parte, la ECBA no debe estar sujeta a restricciones basadas, por ejemplo, en la nacionalidad de sus socios (art. 15).

El capítulo 3 se refiere a las normas de constitución y registro de una ECBA y consta de dos secciones. Los Estados miembros deben velar por que las ECBA se constituyan mediante inscripción registral y cuenten con un mínimo de tres socios fundadores (art. 16). Este capítulo también establece las normas relativas a la transformación de una asociación sin ánimo de lucro en una ECBA dentro de un Estado miembro (art. 17). Establece las normas para la solicitud de registro (art. 18), así como el procedimiento correspondiente (art. 19). Especifica que los Estados miembros deben crear un registro para la inscripción de las ECBA (art. 20) y concreta el contenido del certificado de ECBA (art. 21).

El capítulo 4 establece las normas sobre los derechos de movilidad de las ECBA. Este prevé, en particular, la posibilidad de que una ECBA traslade su domicilio social sin que dicho traslado conlleve la disolución de la ECBA en cuestión (art. 22) y el procedimiento de traslado del domicilio social de la ECBA (art. 23).

El capítulo 5 contiene disposiciones sobre la disolución de una ECBA. Más concretamente, establece las normas relativas a la disolución voluntaria (art. 24) y a la disolución involuntaria (art. 27). Además, garantiza que la disolución de una ECBA implique su liquidación, que deberá

efectuarse con arreglo a la restricción a la distribución de beneficios ligada a su finalidad no lucrativa (art. 25).

El capítulo 6 incluye disposiciones sobre el control del cumplimiento, la cooperación y la supervisión de las normas recogidas en la propuesta. Contempla la designación de la autoridad competente responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente propuesta (art. 27); la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros y el seguimiento por parte de la Comisión del uso del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) en el contexto de dicha cooperación (art. 28); y las disposiciones sobre el seguimiento y presentación de informes de la presente propuesta de Directiva (art. 29).

El capítulo 7 establece las disposiciones finales que permiten a la Comisión adoptar actos de ejecución (art. 30), así como las referidas a la transposición de la presente propuesta (art. 31), su entrada en vigor (art. 32) y sus destinatarios (art. 33).

La propuesta de Directiva se acompaña de un Reglamento de carácter técnico que modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, por el que se creó el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), con el fin de garantizar que las autoridades competentes de los Estados miembros cooperen e intercambien información a través del IMI cuando apliquen las normas nacionales de conformidad con las disposiciones de la propuesta (art. 1). También modifica el Reglamento (UE) 2018/172431, por el que se estableció la pasarela digital única, con el fin de garantizar que los Estados miembros proporcionen acceso en línea a la información sobre las ECBA y las asociaciones sin ánimo de lucro, así como facilitar el intercambio de datos entre las autoridades competentes en el curso de los procedimientos relativos a las ECBA establecidos en la propuesta de Directiva (art. 2).

Cámara de Comercio Internacional

5. LA CCI Y JUS MUNDI POSIBILITAN UN MAYOR ACCESO A LA EXPERIENCIA EN RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CCI A TRAVÉS DEL MOTOR DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE DE JUS MUNDI (20 septiembre 2022)

A principio de 2021 la CCI y Jus Mundi llegaron al acuerdo de esforzarse para hacer que los laudos arbitrales de la CCI puedan publicarse y estén disponibles gratuitamente para la comunidad legal mundial.

6. LA CCI PRESENTÓ “*ICC CASE CONNECT*”, UNA PLATAFORMA PIONERA DE GESTIÓN DE CASOS DIGITALES PARA CONECTAR A LAS PARTES, LOS TRIBUNALES ARBITRALES Y LA SECRETARÍA DE LA CCI (12 de octubre de 2022)

Desde de octubre de 2022, se alienta a los usuarios de ICC Arbitration a presentar sus solicitudes de arbitraje a través de *ICC Case Connect* y beneficiarse de un espacio seguro y compartido para cada nuevo caso.

Esta plataforma permite una comunicación más optimizada y el intercambio de archivos entre las partes, el tribunal arbitral y los equipos de gestión de casos de la ICC. A su vez, almacena de manera eficiente todos los documentos y datos de casos en una ubicación centralizada y de fácil acceso, utilizando un intercambio de documentos rápido y fácil de usar y nuevos formularios en línea para árbitros que ahorran tiempo.

Por medio de *a Case Connect*, los documentos de casos, y los datos anteriormente duplicados en diferentes sistemas de almacenamiento y uso compartido de documentos por las partes o enviados a través de diferentes canales de comunicación, se centralizan en una única plataforma, proporcionando una ventanilla única para administrar casos de arbitraje de la CCI.

7. DECLARACIÓN DEL CENTENARIO DE LA ICC SOBRE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (19 enero 2023)

Desde sus comienzos tras la primera guerra mundial, el objetivo central de la Corte de la CCI ha sido la creencia de que la confianza en un proceso de solución de controversias independiente, neutral y sólido, libre de dinámicas políticas, es clave para fomentar el comercio y la inversión a través de las fronteras. La presente Declaración esboza los principios rectores de un marco con visión de futuro que señala el camino a seguir para unos servicios de resolución de controversias de la CCI fiables.

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) rinde un justo homenaje al Centenario de la Corte Internacional de Arbitraje (Corte de la ICC) con una Declaración de principios rectores para el futuro que refleja la visión pionera de los fundadores de la CCI (“los mercaderes de la paz”) hace 100 años. Su visión marcó una nueva etapa en la historia del arbitraje comercial internacional y su institucionalización con la creación de la Corte de la CCI, que promueve el acceso a la justicia, la integridad y el estado de Derecho.

La CCI fue creada en 1919 por el Ministro de Comercio francés, Etienne Clementel, junto a un grupo de empresarios que se autodenominaban los “Mercaderes de la Paz” y creían fervientemente que unos lazos fuertes y mutuamente beneficiosos entre las naciones a través del comercio, la industria y el comercio no sólo harían prósperas a las naciones, sino que también las harían menos propensas a entrar en guerra. La necesidad de un mecanismo internacional de resolución de controversias se hizo evidente para hacer frente al aumento del comercio y las inversiones internacionales. En mayo de 1922, el Comité Ejecutivo de la CCI aprobó la creación de un tribunal internacional de controversias comerciales y la Corte de Arbitraje Comercial de la CCI se inauguró el 19 de enero de 1923.

Desde su creación, el 19 de enero de 1923 por los fundadores de la ICC, los “Mercaderes de la Paz”, que buscaban promover la paz y la prosperidad a través del comercio transfronterizo, la Corte de la ICC no ha dejado de trabajar para lograr su objetivo: garantizar el acceso a la justicia y el Estado de Derecho a todo el mundo, todos los días y en todas partes.

La CCI ha forjado y continúa salvaguardando la legitimidad del arbitraje y de otros mecanismos alternativos de solución de disputas en un ecosistema verdaderamente internacional, independiente y neutral para resolver controversias, basado en el papel desempeñado por la Corte de la CCI de examinar los proyectos de laudo y administrar los casos a través de su Secretaría, combinado con liderazgo intelectual y desarrollo de capacidades.

La CCI ha desempeñado un rol fundamental en hacer del arbitraje el método preferido para resolver controversias entre partes de cualquier país o jurisdicción y en crear la arquitectura jurídica para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, incluyendo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).

La CCI ha proporcionado a una amplia gama de empresas (incluidas pequeñas y medianas empresas y corporaciones multinacionales), así como a Estados y empresas estatales, herramientas de confianza para prevenir y resolver eficazmente sus controversias.

La innovadora trayectoria de la CCI nos posiciona para seguir liderando la prevención y solución de controversias en el futuro, a medida que las relaciones comerciales y las disputas evolucionan en un mundo en constante cambio.

En relación con los próximos 100 años, la Corte se compromete a:

1. Acceso a la justicia y el Estado de Derecho. Asegurar el acceso a la justicia y el Estado de Derecho prestando servicios de prevención y solución de controversias que sean accesibles, asequibles, predecibles y eficientes para todo el mundo, todos los días y en todas partes,
2. Independencia y neutralidad. Mantener firme nuestra creencia fundacional de que un proceso independiente y neutral de prevención y solución de controversias, libre de influencias y dinámicas de la política, es fundamental para permitir los negocios y la inversión, así como la legitimidad de dicho proceso.
3. Liderazgo intelectual. Impulsar el liderazgo intelectual en la prevención y solución de controversias mediante servicios innovadores, mejores prácticas y normas que respondan a las necesidades cambiantes de un abanico cada vez más amplio de empresas y mercados para habilitar los marcos jurídicos necesarios, incluyendo la ejecución de los laudos arbitrales.
4. Comunidad global y compromiso local. Aumentar el alcance del arbitraje y los métodos alternativos de solución de disputas construyendo una comunidad global a través del compromiso local y forjando conexiones duraderas,
5. Transparencia. Mejorar la transparencia en el proceso de prevención y solución de controversias, permitiendo la democratización de la información, la consistencia y un mayor entendimiento y confianza en el proceso, respetando al mismo tiempo las expectativas legítimas de confidencialidad.

6. Formación y desarrollo de capacidades. Proporcionar formación y desarrollo de capacidades para fortalecer la infraestructura de solución de controversias en todo el mundo, invirtiendo en las comunidades jurídica y empresarial para maximizar el potencial de todos.

7. Tecnología. Liderar la transformación de la prevención y solución de controversias, ampliando los beneficios de la economía digitalizada y aprovechando la tecnología para ofrecer soluciones eficientes y vanguardistas,

8. Diversidad, equidad e inclusión. Seguir avanzando en nuestra labor innovadora en materia de diversidad, equidad e inclusión en todos los aspectos de la prevención y solución de controversias, incluyendo a todas las partes interesadas en el proceso,

9. Sostenibilidad. Adoptar medidas de sostenibilidad para minimizar nuestra propia huella ambiental, reduciendo el consumo de energía y los residuos, y apoyando acciones audaces para hacer frente al cambio climático, y

10. Cooperación. Trabajar a través de la CCI y en asociación con organizaciones y personas con objetivos similares en todo el mundo, guiados por nuestra convicción de que el acceso a la justicia y el Estado de Derecho permiten la paz y la prosperidad.

De acuerdo con esta declaración “Al comprometernos con estos principios ambiciosos, adoptamos con orgullo nuestro renovado propósito de asegurar el acceso a la justicia y el Estado de Derecho mediante la prestación de servicios innovadores y confiables de prevención y solución de controversias. Esperamos que las generaciones futuras reflexionen sobre nuestros logros contemporáneos con la misma admiración que nosotros tenemos por nuestros predecesores”.

8. LA CCI PUBLICA UN INFORME SOBRE “FACILITACIÓN DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL” Y UNA GUÍA SOBRE “GESTIÓN EFICAZ DE CONFLICTOS” (3 julio 2023)

El Informe sobre Facilitación de la Solución de Controversias en el Arbitraje Internacional y la Guía sobre Gestión Eficaz de Conflictos preparados por la CCI y publicados el 3 de julio de 2023 persiguen el mejor conocimiento sobre las diferentes técnicas de solución de controversias y sobre cómo facilitar dicha solución en el arbitraje internacional.

Estos instrumentos obra del Grupo de Trabajo de la CCI sobre ADR y Arbitraje, creado por la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, dan cumplimiento al compromiso establecido en la Declaración del Centenario de la CCI sobre Solución de Controversias de impulsar el liderazgo en la prevención y solución de controversias a través de servicios innovadores, mejores prácticas y normas que satisfagan las necesidades cambiantes de una gama cada vez más amplia de empresas y mercados.

1. Guía sobre Gestión Eficaz de Conflictos

La Guía sobre Gestión Eficaz de Conflictos ofrece orientaciones para seleccionar la técnica ADR más adecuada y explica cómo utilizarlas eficazmente para evitar su escalonamiento y reducir el coste de las controversias inevitables, antes y después del inicio del procedimiento de arbitraje. Describe los Servicios de Solución de Controversias de la CCI disponibles y da ejemplos de cómo pueden utilizarse como mecanismos independientes o combinados.

Habida cuenta de la constante aparición de controversias, la gestión de conflictos debe ser parte integrante de la administración empresarial. Según esta iniciativa, una gestión eficaz y proactiva de los conflictos incipientes y reales puede contribuir significativamente a reducir costes, lograr un resultado satisfactorio y preservar las relaciones comerciales y contractuales.

A lo largo de los años, en respuesta a la necesidad de eficiencia en costes y tiempo, la CCI ha desarrollado una serie de servicios de solución de controversias para ser utilizados por empresas de todo el mundo a la hora de gestionar sus controversias. Dichos servicios se centran en ayudar a las empresas que tratan de evitar la escalada de controversias y en resolver eficazmente las controversias que no han podido evitarse. Los Servicios de Solución de Controversias de la CCI incluyen el Arbitraje de la CCI administrado por la Corte Internacional de Arbitraje y los servicios ADR administrados por el Centro Internacional de ADR de la CCI.

Esta Guía comienza con una introducción y un resumen de las principales recomendaciones, y va seguida de dos secciones principales y un apéndice. Se divide en dos partes: la primera describe los enfoques que pueden adoptar las empresas sin ningún tipo de asistencia (como políticas internas de la empresa, redacción e implementación de cláusulas efectivas de resolución de controversias y conciencia interna sobre la gestión de conflictos), y la segunda se refiere a los servicios de la CCI y cómo y cuándo usarlos de manera efectiva.

- a) Mediación,
- b) Procedimientos de Peritaje – incluyendo la evaluación pericial no vinculante y la decisión de experto vinculante y la propuesta y nombramiento de un perito o tercero,
- c) *Dispute Boards*,
- d) Peritaje en Solución de Controversias sobre Instrumentos Documentarios (DOCDEX).

Los Servicios ADR de la CCI, cada uno con sus características únicas, pueden utilizarse como herramientas independientes para resolver controversias, o conjuntamente como parte de un sistema de gestión de conflictos. Algunos servicios pueden utilizarse para explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo una vez iniciado el procedimiento de arbitraje.

El coste de los litigios es difícil de medir, tanto en términos de costes directos como indirectos. El coste suele ser menor cuando el litigio se resuelve entre las propias partes o con la ayuda de un tercero neutral, que cuando las partes delegan la toma de decisiones en un árbitro o un juez.

El objetivo de las partes es resolver los litigios rápidamente y al menor coste posible. El coste ahorrado puede aplicarse a actividades empresariales productivas.

En la vida de un conflicto, hay momentos clave en los que las partes pueden influir en el coste global de su gestión: 1) Antes de que los conflictos hayan surgido, las partes pueden considerar la posibilidad de establecer políticas de gestión de conflictos y la redacción de la cláusula de resolución de conflictos (Sección I «Gestión proactiva de conflictos»). 2) Dado que, por regla general, todo lo que no sea un litigio judicial requiere consentimiento, y que el consentimiento se encuentra más fácilmente antes de cualquier disputa, el Momento nº1 es el momento óptimo para que las partes consideren y acuerden el método o métodos adecuados para resolver cualquier disputa que surja durante la administración de su acuerdo.

II. Informe sobre la Facilitación de la Solución de Controversias en el Arbitraje Internacional

El papel del tribunal arbitral a la hora de facilitar la resolución del litigio entre las partes ha evolucionado en los últimos años. Mientras que los árbitros de algunas jurisdicciones acostumbran a ser proactivos en este sentido, el punto de vista tradicional en la mayoría de las jurisdicciones ha sido que el papel del tribunal arbitral es decidir el caso en un laudo ejecutable. De acuerdo con este punto de vista, las partes seguían siendo libres de negociar y resolver su disputa si así lo deseaban, pero eso no era algo que el tribunal arbitral debiera tratar de fomentar, facilitar o, menos aún, involucrarse directamente. Este punto de vista estaba motivado por la preocupación de que asumir tal papel pudiera afectar negativamente a la neutralidad del tribunal con respecto al fondo de la controversia o a la percepción que las partes tuvieran de la misma. Sin embargo, esta opinión tradicional ha evolucionado, como lo demuestra la forma en que el propio Reglamento de Arbitraje de la CCI y otras publicaciones abordan ahora el tema. El debate

se ha desplazado a si los árbitros (y las instituciones arbitrales) deben tomar medidas para facilitar la solución a cómo deben hacerlo.

El presente Informe pretende orientar sobre este tema brindando orientación sobre cómo los árbitros y las instituciones arbitrales pueden tomar medidas para facilitar la solución de controversias.

Aunque la opinión tradicional en la mayoría de las jurisdicciones ha sido que el tribunal arbitral se abstenga de participar directamente en la facilitación de acuerdos, el informe considera que esta opinión ha evolucionado. En este contexto, el informe analiza una serie de formas en que los árbitros y las instituciones pueden facilitar la conciliación, incluso a través de técnicas continuas de gestión de casos, escenarios de mediación/conciliación, brindar opiniones preliminares y presidir "conferencias de conciliación".

El Informe sobre Facilitación de la Solución de Controversias en el Arbitraje Internacional propone vías que permiten a las partes solucionar sus controversias incluso una vez iniciado el arbitraje, preservando así las relaciones comerciales.

El Informe se divide en tres secciones principales:

- Técnicas de Gestión de Casos
- Escenarios y protocolos de mediación
- Dictámenes preliminares y conferencias de conciliación

En este informe se describen técnicas que se sabe que son eficaces para facilitar la conciliación en los procedimientos de arbitraje. No todas estas técnicas serán apropiadas para todos los casos o para todas las partes, abogados o árbitros. Debe hacerse una cuidadosa selección de la técnica más apropiada, considerando todas las circunstancias, incluyendo las habilidades y experiencia de los árbitros en la implementación de cada técnica. El Informe refleja el pensamiento y la práctica actuales. Se prevé que en los próximos años seguirán desarrollándose nuevos enfoques y prácticas. Por lo tanto, se espera que éste sea un informe vivo, que se actualizará en el futuro para proporcionar más ayuda sobre la facilitación de la solución a todos los implicados en el proceso de arbitraje.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

9. EL CIADI PUBLICA SU INFORME ANUAL DE 2022 (14 octubre 2022)

El 14 de octubre de 2022 el CIADI publicó su Informe Anual de 2022, que presentó una visión detallada a las actividades del Centro durante el último año fiscal (1 de julio de 2021 – 30 de junio de 2022).

Todos los años el Secretario General presenta un Informe Anual sobre la operación del Centro ante el Consejo Administrativo para su aprobación. El Consejo Administrativo del CIADI aprobó el Informe Anual de 2022 y el presupuesto administrativo para el año fiscal 2023 en su 56.^a Reunión Anual en Washington, DC.

Asimismo, el Consejo de Administración reeligió a Gonzalo Flores y Martina Polasek como Secretarios Generales Adjuntos por un nuevo período de 6 años.

El Informe Anual ofrece un panorama general de las actividades durante el ejercicio económico anterior del CIADI, incluida información acerca de novedades en materia de miembros y carga de casos del CIADI, designaciones para las Listas de Árbitros y de Conciliadores, resoluciones adoptadas por el Consejo, publicaciones y estados financieros relativos a los ingresos y gastos del Centro.

Cabe destacar en el año fiscal 2022 la adopción de las reglas modificadas del CIADI para arbitraje, mediación, conciliación y determinación de hechos. Las reglas actualizadas del CIADI se elaboraron durante un período de cinco años en consulta con los miembros del CIADI y el público en general.

Entre los aspectos más destacados del año fiscal 2022 figuran:

- 346 casos administrados por el CIADI, marcando el mayor número de casos jamás administrados por el CIADI en un solo año fiscal.
- Un récord de 77 casos concluidos, lo que refleja la tendencia para reducir el tiempo de los casos.
- Entre los nombramientos realizados en el ejercicio estuvieron representadas personas de 42 nacionalidades. Este es el segundo mayor número de personas de diferentes nacionalidades nombradas en un solo año en el CIADI.
- El 45 % de las personas nombradas por primera vez en el año fiscal 2022 eran mujeres y el 25 % eran nacionales de economías de ingresos bajos o medianos.
- Ecuador y la República Kirguisa depositaron su Instrumento de Ratificación del Convenio del CIADI, convirtiéndose así en los Estados Miembros 156 y 157 del CIADI, respectivamente.

Como en años anteriores, el Informe Anual 2022 del CIADI también incluye:

- Una lista completa de nuevas designaciones y redesignaciones para las Listas de Árbitros y Conciliadores del CIADI
- Un informe detallado sobre las tendencias del número de casos del CIADI
- Una descripción general de las amplias actividades de divulgación y capacitación del CIADI
- Estados de los ingresos y gastos del Centro

10. EL CIADI PUBLICA LAS ESTADÍSTICAS SOBRE EL VOLUMEN DE CASOS DE 2022 (30 enero 2023)

Esta nueva edición de las estadísticas del número de casos del CIADI ofrece una descripción exhaustiva de las tendencias relacionadas con los casos en 2022, así como datos sobre todos los casos del CIADI en los últimos cincuenta años.

Treinta Estados diferentes fueron nombrados demandados en 41 casos registrados en 2022 en virtud de las reglas procesales del CIADI para la solución de diferencias relativas a inversiones internacionales. Los arbitrajes en virtud del Convenio del CIADI representaron 34 de esos casos, seguidos de siete arbitrajes en los que se aplicó el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

A 31 de diciembre de 2022, el CIADI había registrado un total de 910 casos en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario desde el primer caso en 1972. La mayoría de los casos del CIADI han sido arbitrajes en virtud del Convenio del CIADI (821), seguidos de casos de arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario (76), casos de conciliación en virtud del Convenio del CIADI (11) y casos de conciliación en virtud del Mecanismo Complementario (2).

El CIADI también administra casos en virtud de otras normas procesales “no CIADI”. En 2022, el CIADI administró 21 casos de este tipo, siendo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) las más comunes (15 casos).

- i. *Base del consentimiento.* En línea con las tendencias históricas, la mayoría de los nuevos casos registrados en 2022 (54%) solicitaron el arbitraje del CIADI basándose en un tratado bilateral de inversión. El Tratado sobre la Carta de la Energía representó el 22% de los casos registrados y los contratos de inversión entre un inversor extranjero y un Estado anfitrión, el 12%. Los siguientes acuerdos bilaterales y regionales de comercio e inversión se invocaron cada uno en el 2% de los nuevos casos: Tratado de Libre Comercio de América del Norte; Acuerdo Estados Unidos–México–Canadá; Tratado de Libre Comercio República Dominicana–América Central; Tratado de Libre Comercio Canadá–Perú; y Acuerdo de Inversión ASEAN–China. El 2% de los casos también se presentaron en virtud de la legislación nacional sobre inversiones.
- ii. *Distribución regional.* Los nuevos casos se distribuyeron ampliamente entre países y regiones en 2022. Los países de Europa del Este y Asia Central estuvieron implicados en el 27% de los nuevos casos, América del Sur en el 17%, Oriente Medio y Norte de África en el 14%, y Europa Occidental en el 12%. América Central y el Caribe, y Asia Meridional y Oriental/Pacífico representaron cada uno el 10% de los nuevos casos, mientras que América del Norte y el África Subsahariana tuvieron cada uno una cuota del 5%.
- iii. *Sectores económicos implicados.* Los casos del CIADI siempre han afectado a una amplia gama de sectores económicos, y el pasado año no fue diferente. Los sectores extractivos y energéticos siguieron representando la mayor parte de los casos. El 24% de los casos registrados en 2022 estaban relacionados con el petróleo, el gas y la minería, y el 20% con la energía eléctrica y otras fuentes de energía. A estos sectores les siguieron las finanzas y la información y la comunicación, cada uno con un 12% de los litigios, mientras que la construcción y el agua, el saneamiento y la protección contra las inundaciones representaron un 8% cada uno. La agricultura, la pesca y la silvicultura, los servicios y el comercio, el turismo y el transporte representaron el 2% de los casos cada uno. Otros sectores representaron el 8% restante de los casos registrados en 2022.
- iv. *Resultados de los casos.* El resultado de los casos en el CIADI ha estado siempre equilibrado entre Estados e inversores, y en 2022 no fue diferente. En general, el 49% de los casos concluidos en 2022 fueron decididos por tribunales y el 51% fueron resueltos o suspendidos. Entre los casos resueltos por tribunales, el 56% de los laudos estimaron total o parcialmente las reclamaciones de los inversores. Del resto, el 28% de los laudos

rechazaron todas las reclamaciones de los inversores en cuanto al fondo, el 8% de los laudos declinaron su competencia y el 8% de los casos fueron desestimados por falta manifiesta de fundamento jurídico.

- v. *Diversidad de nombramientos*. El CIADI realiza un seguimiento de la nacionalidad y el género de las personas designadas para los casos del CIADI, lo que proporciona importantes indicadores sobre la diversidad en la solución de diferencias entre inversores y Estados. Entre las personas nombradas como árbitros, conciliadores y miembros de comités ad hoc en 2022, el 40% eran de nacionalidades europeas occidentales; el 25% norteamericanas; el 20% sudamericanas; el 7% de Asia Meridional y Oriental/Pacífico; el 3% de Europa Oriental/Asia Central; el 2% de América Central/Caribe; el 2% de África Subsahariana; y el 1% de Oriente Medio/Norte de África. En general, las mujeres representaron el 23% de los nombramientos para casos del CIADI en 2022, en comparación con el 27% en 2021 y el 23% en 2020. Los nombramientos realizados por los coárbitros fueron de un 40% de mujeres y un 60% de hombres; los nombramientos realizados por el CIADI fueron de un 37% de mujeres y un 63% de hombres; y los nombramientos realizados conjuntamente por las partes fueron de un 32% de mujeres y un 68% de hombres. Por último, los hombres representaron el 90% de los nombramientos realizados por los demandantes y el 87% de los nombramientos realizados por los demandados en 2022.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

11. LA CNUDMI FINALIZA CUATRO TEXTOS LEGALES DURANTE LA PRIMERA SEMANA DE SU 56° PERÍODO DE SESIONES EN VIENA (12 julio 2023)

Más de 373 representantes de Estados y organizaciones internacionales se reunieron en el Centro Internacional de Viena para finalizar el primer conjunto de elementos de reforma de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) durante la sesión anual de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Al final de la primera semana de sus deliberaciones, la Comisión adoptó cuatro textos legales: las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación, las Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales de Inversión, el Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Resolución de Controversias Internacionales de Inversión y el Código de Conducta de la CNUDMI para los Jueces en la Resolución de Controversias de Inversión Internacional.

La adopción de estos textos se produce después de varios años de preparación y debates en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, al que se le encomendó en 2017 un mandato amplio para trabajar en la posible reforma de ISDS. Este año marca un hito importante ya que el Grupo de Trabajo se encuentra en su tercera fase de trabajo para desarrollar soluciones de reforma relevantes y presentarlas a la Comisión. El grupo de trabajo continúa beneficiándose de una amplia experiencia que involucra a múltiples y diversas partes interesadas en la comunidad ISDS, incluidos Estados, instituciones y grupos que representan a profesionales e inversores, respectivamente.

Finalización y adopción de textos:

I. Disposiciones Modelo de la CNUDMI y Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales de Inversión

Las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación y las Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales de Inversión buscan fomentar el uso de la mediación para resolver controversias internacionales de inversión. Recomendadas para su inclusión en los tratados de inversión, las Disposiciones Modelo permiten que las partes ejerzan control sobre el proceso de mediación para alcanzar un resultado personalizado y preservar su relación. Las Directrices brindan orientación práctica a las partes sobre el uso de la mediación al enumerar y describir brevemente los problemas que deben considerarse al emprender la mediación de inversiones.

II. Código de Conducta para Árbitros de la CNUDMI

El Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Resolución de Disputas de Inversión Internacional proporciona reglas éticas obligatorias para los árbitros involucrados en disputas de inversión internacional. Busca promover la integridad del proceso ISDS y reducir los conflictos de intereses, que a menudo han dado lugar a críticas sobre la legitimidad del sistema ISDS. Sus disposiciones clave refuerzan el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, amplían los requisitos de divulgación y regulan la práctica de la doble función. El Código va acompañado de un comentario que orientará a los usuarios y profesionales en su aplicación y cumplimiento.

III. Código de Conducta para Jueces de la CNUDMI

El Código de conducta de la CNUDMI para jueces en resolución de disputas de inversión internacional tiene como objetivo proporcionar un conjunto integral de reglas éticas para los miembros de un posible mecanismo permanente establecido para resolver disputas de inversión. La Comisión adoptó el Código en principio, teniendo en cuenta que el Grupo de Trabajo III continúa considerando si recomendar el posible establecimiento de un mecanismo permanente a la Comisión como parte de la reforma del ISDS. El Código también va acompañado de un comentario.

El período de sesiones anual de la Comisión finalizó el 21 de julio de 2023, momento en el cual las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación en Inversiones y los dos Códigos de Conducta se publicarán como Anexos al informe del período de sesiones (A/78/17) y por separado en el sitio web de la CNUDMI: uncitral.un.org. Las Directrices de la CNUDMI sobre Mediación de Inversiones y los comentarios a los Códigos se revisarán en función de las deliberaciones y se espera que se publiquen a fines de 2023 como publicaciones de la ONU en todos los idiomas oficiales de la ONU. La Comisión recomendó que estos textos se presenten a la Asamblea General para su aprobación en su próximo 78º período de sesiones.

La Unión Europea, el Gobierno de Francia y la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación brindaron asistencia financiera para apoyar la participación de los Estados en desarrollo en las negociaciones.

12. LA CNUDMI ADOPTA EL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA ÁRBITROS EN CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN DURANTE SU 56º PERÍODO DE SESIONES ANUAL EN VIENA (14 JULIO 2023)

El Código ha estado en desarrollo desde 2017 en el contexto del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (reforma de ISDS) y las Reglas y Reglamentos del CIADI recientemente modificados. Las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI trabajaron conjuntamente en el Código durante este período. Dicho Código:

- i. Refuerza el deber de independencia e imparcialidad, regula la doble función (es decir, la práctica de actuar como árbitro en un caso y como representante de una parte o experto en otro) y enumera requisitos específicos de divulgación. También se abordan las obligaciones relacionadas con la confidencialidad de los procedimientos, los honorarios y gastos razonables y el papel y los deberes de los asistentes del tribunal.
- ii. Se basa en una revisión extensa de los estándares que se encuentran en los códigos de conducta en los tratados de inversión, las reglas de arbitraje aplicables a ISDS y los tribunales internacionales. Se compartieron varios borradores con funcionarios estatales y el público, y los comentarios recibidos se publicaron en los sitios web del CIADI y la CNUDMI.
- iii. Se aplicará a los procedimientos de arbitraje por consentimiento de las partes o según se requiera en el instrumento de consentimiento para procedimientos de arbitraje. El CIADI también consultará más a fondo con sus miembros sobre la aplicación del Código en los procedimientos del CIADI.

La CNUDMI también adoptó las Directrices sobre Mediación en Controversias Internacionales de Inversión. Al señalar la necesidad de un conjunto acordado de reglas para regir el proceso de mediación, las Directrices hacen referencia a las Reglas de Mediación del CIADI, que se adaptan a las disputas internacionales de inversión.

13. LA CNUDMI CONCLUYE SU 56º PERÍODO DE SESIONES EN VIENA (25 julio 2023)

En el período de sesiones se adoptaron las siguientes disposiciones: Disposiciones modelo de la CNUDMI sobre mediación, Directrices de la CNUDMI sobre mediación en controversias internacionales relativas a inversiones, Código de conducta de la CNUDMI para árbitros, Código de conducta de la CNUDMI para jueces, Guía de la CNUDMI sobre acceso al crédito para microempresas, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) y un texto de orientación sobre despido anticipado y determinación preliminar que se incluirán en las Notas de la CNUDMI sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales. Además de la adopción de textos legislativos, la secretaría de la CNUDMI organizó el Coloquio de la CNUDMI sobre el Cambio Climático y el Derecho Mercantil Internacional y se celebraron una serie de eventos paralelos.

I. Finalización y aprobación de los textos preparados por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI

La adopción de las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación, las Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales relativas a Inversiones, el Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros y el Código de Conducta de la CNUDMI para Jueces se produce después de varios años de preparación y debates en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, a la que se le encomendó en 2017 un amplio mandato para trabajar en la posible reforma del ISDS. Vid más información aquí.

II. Guía de la CNUDMI sobre el Acceso al Crédito para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)

La Guía de la CNUDMI sobre el Acceso al Crédito para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) completa el trabajo que la Comisión inició en 2013 para reducir los obstáculos legales que enfrentan las MIPYMES a lo largo de sus ciclos de vida. El texto recomienda reformas estatales en ciertas áreas del derecho privado o comercial que pueden ayudar a aliviar los problemas que enfrentan las MIPYMES para acceder al crédito. Dado que es posible que esas reformas legales por sí solas no eliminen los obstáculos que tienen las MIPYME en esta área, la Guía también se refiere a las medidas normativas y normativas que pueden mejorar la eficacia del marco legal para facilitar el acceso al crédito de las MIPYME. Además, reconociendo que la pobreza de las mujeres está directamente relacionada con el acceso desigual a las oportunidades económicas, la Guía alienta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso equitativo al crédito de las mujeres empresarias.

III. Notas de la CNUDMI sobre la organización de procedimientos arbitrales adoptadas en 2016 (con una nota adicional sobre desestimación anticipada y determinación preliminar adoptadas en 2023)

La Comisión también adoptó un texto de orientación sobre la desestimación anticipada y la determinación preliminar que se incluirá en una versión revisada de las Notas de la CNUDMI sobre la organización de procedimientos arbitrales (2016). Este texto ilustra el poder discrecional de un tribunal arbitral que opera bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI u otras reglas de arbitraje para desestimar un reclamo o defensa o hacer una determinación preliminar a tal efecto basada en el estándar “manifiestamente sin mérito”. Se espera que esta adición facilite el uso de esta herramienta a los tribunales arbitrales y a los profesionales del arbitraje y ayude a desalentar las reclamaciones frívolas. Se espera que el texto revisado de las Notas de la CNUDMI sobre la organización de procedimientos arbitrales se publique a fines de 2023 y estará disponible en la sección de textos explicativos de la Página web de Arbitraje Comercial Internacional en el sitio web de la CNUDMI.

IV. Actuaciones futuras

La Comisión también tomó varias decisiones sobre la asignación del trabajo futuro a sus grupos de trabajo y su secretaría. La Comisión decidió asignar el trabajo sobre un proyecto de ley modelo sobre recibos de depósito a un grupo de trabajo con miras a aprobarlo en su próximo período de sesiones. Se pidió a la secretaría que continuara y finalizara su trabajo de un documento de orientación sobre cuestiones jurídicas relacionadas con el uso de sistemas de contabilidad distribuidos en el comercio. La Comisión también discutió el trabajo realizado en el proyecto de inventario sobre resolución de disputas en la economía digital (DRDE). Se solicitó a la secretaría que continuara implementando el proyecto, revisando la amplia gama de desarrollos, incluidos los de los países en desarrollo, así como centrándose en los temas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos electrónicos y notificaciones electrónicas de arbitraje y su servicio.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

14. PRIMERA REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE ADULTOS DE 2000 (15 noviembre 2022)

Del 9 al 11 de noviembre de 2022 se celebró en La Haya la Primera Reunión de la Comisión Especial (CS) sobre el Funcionamiento Práctico de la Convención sobre la Protección de Adultos de 2000. A la reunión asistieron más de 100 participantes, en persona y por videoconferencia, en representación de Partes Contratantes, miembros de la HCCH y observadores de organizaciones intergubernamentales e internacionales no gubernamentales, así como miembros de la Oficina Permanente.

La reunión resultó en la adopción de más de 70 Conclusiones y Recomendaciones, que brindan orientación a las (futuras) Partes Contratantes sobre una amplia gama de cuestiones relacionadas con la implementación y el funcionamiento práctico de esta Convención.

Entre otras cosas, se confirmó que, en general, la Convención está funcionando sin problemas y es adecuada para su propósito. También destacó la importancia de que más Estados se adhieran a la Convención. El SC también aprobó, en principio, el borrador del Manual Práctico, Lista de Verificación de Implementación y Perfil de País bajo la Convención sobre Protección de Adultos de 2000, sujeto a su enmienda a la luz de los últimos comentarios de los miembros de la HCCH, las discusiones que tuvieron lugar en el SC y su resultado, que se presentará para la aprobación del Consejo de Política y Asuntos Generales (CGAP).

Los delegados también discutieron la residencia habitual, la representación *ex lege*, las instrucciones dadas y los deseos expresados por un adulto en anticipación de un deterioro futuro, cuestiones de reconocimiento y ejecución, cooperación de la Autoridad Central, el uso de los formularios modelo recomendados existentes, comunicaciones judiciales directas y posibles enmiendas a la Convención sobre la Protección de Adultos de 2000.

15. PUBLICACIÓN DE LA HERRAMIENTA PARA PROFESIONALES: RECONOCIMIENTO TRANSFRONTERIZO Y APLICACIÓN DE ACUERDOS ALCANZADOS EN EL CURSO DE ASUNTOS FAMILIARES QUE INVOLUCRAN A NIÑOS (20 diciembre 2022)

La Oficina Permanente anunció la publicación de la Herramienta para profesionales: reconocimiento y aplicación transfronterizos de acuerdos alcanzados en el curso de asuntos familiares que involucran a niños (Herramienta para profesionales).

La Herramienta para profesionales tiene como objetivo explicar cómo los acuerdos celebrados en el área del derecho de familia que involucran a niños ("acuerdos familiares") pueden hacerse ejecutables en un Estado y luego reconocidos y ejecutados en otros Estados a través de la operación de mecanismos bajo los Convenios de la Conferencia, específicamente los Convenio sobre sustracción de menores de 1980, Convenio sobre protección de menores de 1996 y Convenio sobre manutención de menores de 2007.

Los acuerdos familiares pueden desempeñar un papel muy importante a la hora de disuadir la sustracción de menores por parte de los padres y facilitar la continuación de una relación significativa para un niño con ambos padres cuando los padres viven en Estados diferentes. La Herramienta para Profesionales servirá como un recurso valioso para los asesores legales o profesionales (por ejemplo, mediadores) que ayudan a las familias con niños a navegar

cuestiones transfronterizas a través de un acuerdo formal, aportando mayor certeza y estabilidad a los acuerdos familiares en todo el mundo.

La Oficina Permanente expresó su agradecimiento a los miembros del Grupo de Expertos en Acuerdos Familiares, cuyos esfuerzos y dedicación a este proyecto durante muchos años hicieron posible la finalización de este documento.

16. EL ESPAÑOL, TERCER IDIOMA OFICIAL DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (13 MARZO 2023)

El Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) se reunió del 7 al 10 de marzo de 2023. A la reunión asistieron más de 450 participantes, en representación de 80 Miembros de la Conferencia, 8 Estados no miembros, 7 organizaciones intergubernamentales, 9 organizaciones internacionales no gubernamentales y miembros de la Oficina Permanente (PB). De los asistentes, 264 delegados participaron en persona y 186 delegados participaron en línea. Durante la reunión anual del Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) y los Miembros de la Conferencia de la Haya de DIPr tomaron la decisión histórica de adoptar el español como lengua oficial.

A partir del 1 de julio de 2024, el español se unirá al inglés y al francés como una de las tres lenguas oficiales de la Organización. Este avance representa un importante paso más que contribuye a la universalidad y a la inclusión en la Conferencia de La Haya, y refleja la importancia del multilingüismo y del multilateralismo como pilares fundamentales de su labor.

La Conferencia de la Haya de DIPr, referente en esta disciplina del Derecho, tiene por objeto la homologación de las normas de Derecho internacional privado a nivel mundial. Cuenta con 90 Estados miembros, habitualmente representados en las reuniones por las embajadas acreditadas en Países Bajos. En total, 150 Estados están vinculados con la organización, al ser parte de sus diferentes convenios. La Unión Europea también es miembro de la organización.

Hasta ahora, las lenguas oficiales eran el inglés y el francés. En la organización hay 8 Estados francófonos, 14 anglófonos y 15 hispanohablantes. Con esta decisión, se favorece la aplicación de importantes convenciones internacionales.

17. LA OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANUNCIA LA PUBLICACIÓN DEL PLAN ESTRATÉGICO PARA 2023–2028 (21 junio 2023)

La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de DIPr anunció el 6 de junio de 2023 la publicación del Conjunto de herramientas para prevenir y abordar las prácticas ilícitas en la adopción internacional. Esta iniciativa tiene como objetivo ayudar a las Partes Contratantes del Convenio sobre Adopción de 1993, así como a todos los actores y personas involucradas en la adopción, a implementar y operar adecuadamente el Convenio. Lo hace proporcionando directrices prácticas sobre lo que se debe hacer para identificar, prevenir y abordar las prácticas ilícitas y sus factores propicios.

La primera parte del conjunto de herramientas consta de hojas informativas destinadas a ayudar a identificar y reconocer mejor las prácticas ilícitas en la adopción internacional, así como los factores que pueden contribuir y/o facilitar su desarrollo, y las medidas y salvaguardias que pueden ayudar a prevenirlas. La segunda parte del Conjunto de herramientas consiste en una Lista de verificación para ayudar a las Autoridades centrales en la toma de decisiones, enumerando cuestiones a tener en cuenta y acciones que pueden tomarse en cada paso del procedimiento de adopción internacional para ayudar a prevenir o reducir, en la medida de lo posible, el riesgo de prácticas ilícitas. La tercera parte del Conjunto de herramientas consiste en un Procedimiento modelo destinado a brindar orientación sobre cómo responder a casos

específicos o casos sospechosos de prácticas ilícitas, incluso cuando estos casos son parte de un patrón de prácticas ilícitas. Finalmente, la cuarta parte del conjunto de herramientas consta de directrices destinadas a brindar orientación sobre cómo los Estados pueden cooperar y coordinar sus esfuerzos para prevenir y responder a prácticas ilícitas.

Este Plan Estratégico reconoce la creciente complejidad y diversidad de las actuales relaciones del tráfico privado externo, y los retos que la Conferencia de la Haya de DIPr deberá abordar, a medida que las interacciones y transacciones transfronterizas se transformen en normas.

En marzo de 2022, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) encargó la creación de un Grupo de Trabajo para desarrollar un nuevo proyecto de Plan Estratégico, que se construiría sobre la base del Plan Estratégico 2019–2022. El Grupo de Trabajo presidido por la Excm. Sra. Adia Sakiqi (Albania), se reunió en septiembre y noviembre de 2022. Sus debates se basaron en el trabajo realizado previamente por el Grupo Informal de Embajadores, que se reunió de noviembre de 2020 a octubre de 2021, y en una reunión informal de intercambio de ideas, celebrada en junio de 2022.

Objetivos y principios rectores

Los Principios Rectores y los Objetivos Estratégicos del Plan son a la vez una evolución del anterior plan trienal (2019–2022). El Plan Estratégico esboza el mandato y la misión de la Conferencia de la Haya de DIPr, y establece los tres objetivos estratégicos que persigue la Organización para cumplirlos:

1. Desarrollar convenios e instrumentos multilaterales que aborden las necesidades globales del Derecho internacional privado;
2. Garantizar la eficacia y pertinencia continuas de los Convenios e Instrumentos de la Conferencia de La Haya; y
3. Facilitar una representación diversa y una participación inclusiva, que refleje la naturaleza global de la Organización y de sus Miembros.

También consolida los principios rectores que subyacen a todos los aspectos de las operaciones de la Conferencia de La Haya, a saber, la cooperación y el consenso, y la transparencia y la responsabilidad.

La Conferencia de la Haya de DIPr se encuentra ahora en su 130 año como la principal organización internacional que desarrolla soluciones globales de Derecho internacional privado, Este Plan Estratégico reconoce la creciente complejidad y diversidad de las actuales relaciones del tráfico privado externo, y los retos que ello conlleva y que la que la Conferencia de la Haya de DIPr deberá abordar, a medida que las interacciones y transacciones transfronterizas se transformen en normas.

La flexibilidad de este Plan Estratégico, así como su atención a cuestiones como la representación diversa y la participación inclusiva, garantizan que la Conferencia de la Haya de DIPr esté preparada para el futuro.

18. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CELEBRA SU 130 ANIVERSARIO (12 de septiembre de 2023)

El 12 de septiembre de 1893, Tobias Asser inauguró la primera sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 130 años después, la HCCH celebra su 130.^o aniversario con un evento especial de aniversario celebrado como parte de la Semana HCCH Asia Pacífico 2023 en la RAE de Hong Kong, República Popular de China.

La Conferencia de la Haya de DIPr fue concebida como una plataforma multilateral de diálogo, discusión, negociación y colaboración, que permitiera la unificación progresiva del derecho internacional privado. Reconociendo que los marcos legales sólidos que rigen las interacciones privadas transfronterizas entre personas y empresas promueven la paz y la justicia, 130 años después, la HCCH continúa trabajando en asuntos que abarcan el derecho internacional de familia y protección infantil, los litigios transnacionales y la Apostilla, y el derecho comercial y financiero internacional.

En el panel especial que tuvo lugar con ocasión de celebración del 130º aniversario, el Secretario General Christophe Bernasconi describió las raíces y la evolución de la Conferencia de la Haya de DIPr, reflexionando sobre la continua y creciente relevancia del derecho internacional privado y la responsabilidad colectiva de todas las partes interesadas de contribuir a la crecimiento de la Organización. El Consejero Zhou Qian, hablando en nombre del Director General del Departamento de Tratados y Derecho de la Oficina de la Comisión del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Popular China en la RAE de Hong Kong, destacó el impacto de la labor del Conferencia de la Haya de DIPr en Asia y el Pacífico y más allá. El consejero Zhou y otros oradores también hablaron sobre propuestas e ideas para el crecimiento y desarrollo continuo del trabajo, reiterando la importancia y relevancia continua de la Conferencia de la Haya de DIPr en la comunidad global actual.

Las reflexiones de los oradores en el panel hicieron eco del enorme valor de la visión de Tobias Asser para la comunidad global. La visión de Asser fue honrada en 1911, cuando recibió el Premio Nobel de la Paz por instigar la Primera Sesión de la Conferencia de la Haya de DIPr para “preparar el terreno para convenciones que establecerían uniformidad en el derecho internacional privado y conducirían así a una mayor seguridad pública y la justicia en las relaciones internacionales”. (JG Løvland, presidente del Comité Nobel, discurso de presentación, Oslo, 10 de diciembre de 1911).

El Secretario General Bernasconi destacó que el Premio Nobel de la Paz de Asser sirve como un recordatorio constante de un aspecto importante del trabajo de la Conferencia. Señaló que para que haya una paz duradera entre las naciones, debe haber paz entre las personas en sus relaciones transfronterizas, y debe haber un marco legal claro, predecible, justo y práctico que gobierne estas relaciones transfronterizas.

En los 130 años siguientes, la Conferencia ha seguido desarrollando una serie de instrumentos de derecho internacional privado. Ha crecido hasta convertirse en una organización global con 91 miembros en seis continentes y en la actualidad es la organización internacional por excelencia para el desarrollo de soluciones globales innovadoras en derecho internacional privado. Mientras la HCCH celebra un legado de 130 años y mira hacia el futuro, continúa apoyando el comercio transfronterizo, fomentando el crecimiento económico y la prosperidad y salvaguardando a los niños y adultos vulnerables. Conectando. Proteger. Cooperando. Desde 1893.

19. OCTAVA REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO SOBRE SUSTRACCIÓN DE NIÑOS DE 1980 Y EL CONVENIO SOBRE PROTECCIÓN DE NIÑOS DE 1996 (10 a 17 octubre 2023)

Del 10 al 17 de octubre de 2023 se celebró en el Palacio de la Paz de La Haya la Octava Reunión de la Comisión Especial (CS) sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre sustracción de niños de 1980 y el Convenio sobre protección de niños de 1996. A la reunión asistieron 471 delegados, en persona y por videoconferencia, en representación de miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, Partes Contratantes no miembros y observadores, así como miembros de la Oficina Permanente (PB).

En relación con la Convención de 1980, los delegados discutieron, entre otros temas, cuestiones que surgen en relación con el procesamiento de solicitudes de restitución y la ejecución de órdenes de restitución, así como en relación con la solicitud de derechos de custodia y acceso/contacto. Se recomendó que las Partes Contratantes que experimenten retrasos, que siguen siendo un obstáculo importante para el funcionamiento del Convenio, revisen sus procesos existentes. También se evaluó la aplicación de la excepción del art. 13(1)(b) a la restitución del niño en el contexto de violencia doméstica, apoyando la propuesta del Secretario General de realizar un foro sobre este tema que permita el debate entre organizaciones representativas de padres e hijos, y aquellos que aplican el Convenio. Tomando nota de los avances realizados en relación con el formulario modelo recomendado de solicitud de devolución y el formulario modelo recomendado de solicitud de acceso, el SC invitó al PP a convocar a un grupo de delegados interesados para ayudar en su finalización.

En relación con la Convención de 1996, la CS discutió cuestiones relacionadas con la jurisdicción, incluido el cambio de residencia habitual, la definición de “urgencia” según el art. 11 y la transferencia de jurisdicción, así como la coordinación de cuestiones de jurisdicción y comunicaciones judiciales directas. También proporcionó orientación sobre la determinación de la responsabilidad parental y los derechos de custodia; el reconocimiento y la aplicación de medidas de protección y la colocación o prestación de cuidados del niño en otra Parte Contratante en virtud de los arts. 3(e) y 33. La mediación y la reubicación familiar internacional también se discutieron en el contexto de los Convenios de 1996 y 1980. El Consejo también alentó a los Estados que aún no lo han hecho a adherirse a los Convenios de 1980 y 1996.

El Consejo adoptó 103 Conclusiones y Recomendaciones, que están disponibles en el sitio web de la HCCH en inglés, francés, portugués y español. Puede encontrar información adicional sobre el Convenio sobre sustracción de niños de 1980, mientras que aquí puede encontrar información adicional sobre el Convenio sobre protección de niños de 1996.

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)

20. 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 TBIs 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 TBIs, el Paquete de Reformas de los TBIs 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 TBIs 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., por consiguiente 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 los TBIs.

21. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EXIGE REFORMAS MÁS RÁPIDAS DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN (30 agosto 2023)

La UNCTAD ha puesto en circulación una caja de herramientas para hacer que los acuerdos internacionales de inversión apoyen mejor el paso a fuentes de energía renovables.

Cada año, las sofocantes olas de calor resaltan la urgencia de acelerar la transición energética, la cual requiere una reforma más rápida de los acuerdos internacionales de inversión (AII) para que apoyen el abandono de los combustibles fósiles.

Alcanzar las cero emisiones netas para el 2050 requiere que las inversiones mundiales anuales en energías limpias se tripliquen de aquí a 2030 para alcanzar los 4 billones de dólares.

Pero muchos tratados de inversión, especialmente los más antiguos, pueden obstaculizar la transición. A medida que los países intentan cortar sus lazos con los combustibles fósiles, las empresas petroleras y de gas pueden utilizar estos tratados para impugnar los cambios políticos. Una demanda contra los Países Bajos por la eliminación progresiva del carbón sirve como

La UNCTAD ha desarrollado una caja de herramientas para ayudar a los países a transformar los AII para respaldar mejor la transición energética.

Los antiguos acuerdos dificultan la regulación

La mayoría de los AII pertenecen al “antiguo régimen”, ya que más del 89% de los 2.584 tratados en vigor se firmaron antes de 2012. Según un nuevo informe de la UNCTAD, estos AII de generaciones anteriores están detrás de casi todos los casos de resolución de disputas inversores y Estados (ISDS por sus siglas in inglés) conocidos públicamente.

Los inversores tanto en combustibles fósiles como en energías renovables recurren a menudo al arbitraje de inversiones, y juntos representan alrededor de una cuarta parte de los casos de ISDS.

El mecanismo ISDS fue diseñado para proteger a los inversores extranjeros de acciones gubernamentales “excesivas”. Pero también está limitando la capacidad de los países para regular, incluso cuando buscan objetivos legítimos de política pública, como Promover la energía renovable.

Casos de combustibles fósiles y energías renovables

Los inversores en combustibles fósiles han iniciado más del 15% de todos los casos conocidos de ISDS basados en tratados.

Un ejemplo reciente de alto perfil es el caso *RWE v. Países Bajos*. La empresa energética alemana RWE, propietaria de centrales eléctricas de carbón en los Países Bajos, ha presentado demandas contra el Gobierno tras su decisión de prohibir la combustión de carbón para la producción de electricidad de aquí al año 2030, en línea con los compromisos del país en virtud del Acuerdo de París.

Las energías renovables también están en el punto de mira de la justicia. Al menos el 8% de los casos están relacionados con recortes en los incentivos para energías limpias. A menudo se trata de tarifas de alimentación, un mecanismo político utilizado para hacer que los precios de la energía renovable sean más competitivos, como los utilizados para impulsar las inversiones en energía solar. Uno de estos casos es *Infracapital v. España*.

Si bien los casos citados fueron presentados contra países desarrollados, los mismos riesgos existen para las naciones en desarrollo.

Alrededor del 85% de los AII en vigor implican al menos a un país en desarrollo y crean obligaciones vinculantes para sus gobiernos que pueden hacerse valer a través del ISDS.

Una nueva caja de herramientas

La nueva caja de herramientas de la UNCTAD se centra en cuatro áreas de acción.

- Promoción y facilitación de la inversión en energía sostenible: Las nuevas disposiciones de los AII que buscan activamente este tipo de inversiones no tienen por qué estar sujetas al arbitraje entre inversores y Estados. Los países podrían comprometerse a adoptar medidas como la eliminación de obstáculos para las tecnologías y servicios en el sector de las energías renovables y ofrecer condiciones preferenciales para este tipo de inversiones.
- Transferencia y difusión de tecnología: Los Estados pueden cooperar en la transferencia de tecnologías sostenibles incluyendo explícitamente disposiciones de este tipo en los AII. En cuanto a la protección de los derechos de propiedad intelectual, las partes de los tratados deben garantizar que las flexibilidades disponibles en virtud del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

(ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio puedan utilizarse en el marco de los AII y en los casos de ISDS.

- El derecho a regular la acción climática y la transición energética: Los países pueden perfeccionar las normas de protección de las inversiones para ofrecer flexibilidad reguladora y excepciones para los problemas climáticos y energéticos.
- Responsabilidad social corporativa (RSC): Los AII pueden incluir directrices vinculantes de RSC y ayudar a fomentar su cumplimiento, en particular exigiendo a los inversores energéticos que adopten prácticas de inversión sostenibles.

Los países también pueden rescindir un AII sin sustituirlo, y es posible hacerlo de forma unilateral. La caja de herramientas señala que los países pueden optar por la opción de la rescisión junto con los intentos de negociar un nuevo acuerdo.

UNIDROIT

22. SÉPTIMA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE UNIDROIT SOBRE MEJORES PRÁCTICAS PARA EL CUMPLIMIENTO EFICAZ (1 diciembre 2023)

Los días 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023, los Miembros y Observadores del Grupo de Trabajo sobre Mejores Prácticas para la Ejecución Eficaz se reunieron en la sede de UNIDROIT en Roma y por videoconferencia para continuar su trabajo sobre el proyecto de mejores prácticas para hacer más eficaz la ejecución de los derechos de los acreedores.

En esta sesión, el Grupo de Trabajo se centró en una serie de secciones del futuro instrumento que ya se encuentran en una fase avanzada de desarrollo, como los capítulos sobre títulos ejecutivos, información relativa a los bienes del deudor, registros, varias secciones de la parte relativa a la ejecución de garantías reales y la ejecución sobre bienes digitales. También se examinaron nuevos borradores revisados y se debatió el camino a seguir para la finalización del instrumento por parte del Grupo de Trabajo y del Comité de Redacción. Además, la sesión se vio enriquecida por una presentación a cargo de Veronica Bradautanu, Consejera Principal del Equipo de Transición Jurídica del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), que ilustró los proyectos en curso del BERD en el ámbito de la ejecución, aportando datos e ideas interesantes.

El Comité de Redacción del proyecto celebró sus reuniones en torno a la sesión del Grupo de Trabajo, los días 27 y 28 de noviembre y la tarde del 1 de diciembre de 2023.

La octava sesión del Grupo de Trabajo está prevista del 15 al 17 de abril de 2024, con un intenso plan de trabajo entre sesiones previo a la sesión.

23. ELECCIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN (14 diciembre 2023)

UNIDROIT anunció que, en su 82ª sesión celebrada el 14 de diciembre de 2023, la Asamblea General eligió a los siguientes Miembros del Consejo de Administración de UNIDROIT para el quinquenio comprendido entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2028:

- Ms Karen BANKS (Ireland / Irlande)
- Ms Stefania BARIATTI (Italy / Italie)
- Mr Jean-Christophe BOULET (Belgium / Belgique)
- Mr Yusuf ÇALIŞKAN (Türkiye)
- Mr Alfonso Luis CALVO CARAVACA (Spain / Espagne)
- Ms Eugenia DACORONIA (Greece / Grèce)
- Mr Rémi DECOUT-PAOLINI (France)
- Mr Daniel DENMAN (United Kingdom / Royaume-Uni)
- Mr Lars ENTELMANN (Germany / Allemagne)
- Mr Eesa Allie FREDERICKS (South Africa / Afrique du Sud)
- Mr Hideki KANDA (Japan / Japon)
- Mr Inho KIM (Republic of Korea / République de Corée)
- Mr Antti LEINONEN (Finland / Finlande)
- Mr Niklaus MEIER (Switzerland / Suisse)
- Mr Attila MENYHÁRD (Hungary / Hongrie)
- Mr José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (Paraguay)
- Ms Sharon ONG (Singapore / Singapour)

- Ms Monika PAUKNEROVÁ (Czech Republic / République tchèque)
- Mr Lauris RASNACS (Latvia / Lettonie)
- Ms Kathryn SABO (Canada)
- Mr Jorge SÁNCHEZ CORDERO (Mexico / Mexique)
- Ms Uma SEKHAR (India / Inde)
- Ms Carla Heleen SIEBURGH (Netherlands / Pays Bas)
- Mr Andrzej SZUMAŃSKI (Poland / Pologne)
- Ms Maria Ignacia VIAL UNDURRAGA (Chile / Chili)

Materiales de la práctica

Selección

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ *

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá.

Unión Europea

1. LA COMISIÓN EUROPEA PRESENTA DIRECTRICES ACTUALIZADAS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE VISADO, ASÍ COMO SOBRE LOS CONTROLES FRONTERIZOS PARA LOS CIUDADANOS RUSOS EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA (30 septiembre 2022)

Estas directrices se insertan en el contexto de las preocupaciones geopolíticas y de seguridad relacionadas con la invasión de Ucrania por parte de Rusia. La reciente escalada de la guerra por parte de Rusia, incluso a través de la movilización militar y los ‘referéndums’ falsos, provocó un aumento de ciudadanos, incluidos los reclutas y sus familias, que huían de la Federación Rusa. Las directrices exigen un escrutinio de seguridad reforzado al emitir visas a los rusos y controles fronterizos más estrictos, respetando plenamente la ley de asilo de la UE.

I. Antecedentes

El 6 de septiembre, la Comisión propuso la suspensión total del Acuerdo de Facilitación de Visados con la Federación de Rusia, a raíz de los mayores riesgos de seguridad a los que se enfrenta la UE. El Consejo votó formalmente la propuesta el 9 de septiembre y, ese mismo día, la Comisión publicó directrices para los Estados miembros para ayudar a sus consulados a gestionar las solicitudes de visado para estancias de corta duración presentadas por ciudadanos rusos.

Durante la mesa redonda de alto nivel sobre la respuesta política integrada a las crisis (IPCR) del 26 de septiembre, los Estados miembros solicitaron a la Comisión que los apoyara más y actualizara las directrices sobre visados, emitidas el 9 de septiembre, y que proporcionara directrices sobre los controles fronterizos.

II. Objetivos

Estas directrices

- se publican para aplicar un enfoque común de la UE, ya que varios Estados miembros se enfrentan a una mayor presión en sus fronteras con la Federación de Rusia, pero también a un número cada vez mayor de solicitudes de visado y consultas de ciudadanos rusos.
- piden a los consulados y autoridades fronterizas de los Estados miembros que apliquen un mayor grado de controles de seguridad y un enfoque coordinado al realizar evaluaciones individuales de las solicitudes de visado de ciudadanos rusos y controles en las fronteras exteriores de la Unión.

III. Control de seguridad reforzado sobre la expedición de visados a los rusos

Los Estados miembros deben evaluar las condiciones en las que se pueden expedir visados Schengen a los ciudadanos rusos de forma restrictiva y coordinada. Los Estados miembros deben aplicar un enfoque estricto al evaluar la justificación del viaje. Esto incluye a los ciudadanos rusos que huyen de la movilización militar.

Si un solicitante de visado (por ejemplo, una persona que huye de una movilización militar) planea una estancia prolongada en la UE, los consulados de los Estados miembros deben tratar el caso según las normas nacionales aplicables para visados de estancia prolongada. Cuando se trata de visas para estancias cortas, los consulados están llamados a aplicar cualquier excepción humanitaria de manera restrictiva. Corresponde a los Estados miembros, sobre la base de un

examen individual, evaluar si las solicitudes de ciudadanos rusos pueden entrar en la categoría de razones humanitarias.

Los consulados de los Estados miembros también deberían examinar detenidamente los casos de rusos que soliciten un visado para estancias de corta duración desde fuera de Rusia. Dichos casos deben dirigirse al consulado responsable de su lugar de residencia, normalmente en la Federación Rusa.

IV. Revocación y anulación de visas válidas (en la frontera)

Los Estados miembros también deben instruir a sus consulados y guardias fronterizos para que ejerzan un mayor escrutinio y adopten un enfoque estricto con respecto a la reevaluación de los visados ya emitidos a cualquier ciudadano de la Federación de Rusia, sobre la base de un nuevo examen de la situación individual en el contexto geopolítico actual. De conformidad con el art. 30 del Código de visados, la mera posesión de un visado no confiere un derecho automático de entrada en el espacio Schengen. En caso de que existan motivos para la anulación/revocación, dicha decisión puede ser tomada por la guardia de fronteras independientemente del Estado miembro que expida el visado.

V. Controles coordinados y exhaustivos de los ciudadanos rusos en las fronteras exteriores de la UE

La seguridad de las fronteras exteriores es un requisito previo para el funcionamiento del espacio Schengen sin controles en las fronteras interiores. La guía destaca aspectos del Código de fronteras Schengen y pide a los Estados miembros que refuercen los controles de seguridad en las fronteras exteriores y sigan un enfoque coordinado en las fronteras de la UE con la Federación de Rusia para evitar que un ciudadano ruso al que se le haya denegado la entrada en una frontera ser admitido por otro.

Las directrices se entienden sin perjuicio del marco jurídico aplicable en el ámbito del asilo, incluido el principio de no devolución.

VI. Evaluación más cuidadosa de los documentos de viaje por parte de los transportistas de pasajeros

La guía también recuerda que los transportistas son responsables de los nacionales de terceros países que han llevado a la UE pero a quienes se les niega la entrada. Los transportistas deben permanecer atentos al verificar los documentos de viaje requeridos para ingresar, especialmente para los ciudadanos rusos. También son responsables de devolver a la persona a la que se ha denegado la entrada en la UE a su país de partida.

VII. Actuaciones futuras

La Comisión mantendrá la implementación de estas directrices bajo revisión constante, para apoyar acciones rápidas y coordinadas a nivel de la UE para abordar todos los desafíos emergentes. La Comisión informará con este fin en el marco del IPCR y recopilará la información necesaria a través de la red Blueprint.

2. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE 2022 SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO INSISTE EN LA NECESIDAD DE ADOPTAR UN PACTO MIGRATORIO Y ASILO PARA UN PROGRESO DURADERO (6 octubre 2022)

Este informe presenta desarrollos clave en el área de migración y asilo, y hace un balance de los avances logrados en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en el último año. Identifica desafíos clave por delante, destacando la necesidad de seguir avanzando hacia un sistema de gestión de la migración responsable y justo en la UE.

1. Antecedentes

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo es una parte clave para cumplir el compromiso de la presidenta von der Leyen en sus directrices políticas. El primer Informe sobre Migración y Asilo se adoptó en septiembre de 2021.

El segundo informe cubre todos los aspectos de la gestión de la migración y la reforma estructural del marco legislativo. También presenta la respuesta de la UE a la invasión rusa de Ucrania para dar la bienvenida a quienes huyen de la guerra y dar vida a los derechos de migración temporal en la UE.

Desde la guerra de Rusia contra Ucrania, que provocó el mayor desplazamiento forzado de personas en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, hasta la instrumentalización de la migración con fines políticos por parte del régimen bielorruso, pasando por una pandemia y restricciones de viaje sin precedentes, todo junto con una presión continua e incluso creciente sobre los trabajadores tradicionales. rutas migratorias: la UE se ha enfrentado durante el último año a una serie de desafíos con importantes repercusiones para la migración, el asilo y la gestión de fronteras. En cada caso, la UE se ha mostrado capaz de reaccionar rápidamente, con una solidaridad concreta y una coordinación eficaz. Sin embargo, estos desarrollos también han sido un vívido recordatorio de que se necesitan reformas estructurales en el sistema de asilo y migración de la UE para equipar a la UE para abordar tanto situaciones de crisis como tendencias a más largo plazo.

2. Imagen situacional

La Comisión continúa monitoreando los desarrollos a lo largo de las principales rutas migratorias:

La ruta del Mediterráneo central sigue siendo la ruta más utilizada. Casi todas las llegadas fueron a Italia, y Malta experimentó una disminución sustancial.

Las llegadas irregulares a lo largo de la ruta del Mediterráneo oriental se duplicaron en comparación con 2021, principalmente debido a la mayor presión migratoria en Chipre, que actualmente representa aproximadamente el 60 % de las llegadas a lo largo de la ruta.

En la ruta Mediterráneo Occidental /Atlántico, Argelia y Marruecos/Sáhara Occidental siguen siendo los principales países de salida hacia España peninsular y Canarias.

A lo largo de la ruta de los Balcanes Occidentales, se detectaron más de 86 000 cruces fronterizos irregulares en los primeros ocho meses de 2022, casi tres veces más que en 2021 y más de diez veces el total en el mismo período en 2019. Dado el fuerte aumento de llegadas, la Comisión está supervisando la situación a través de Blueprint Network con mayor vigilancia y está intensificando el compromiso con los socios en los Balcanes Occidentales, así como con los Estados miembros de la UE más afectados para abordar la situación.

La situación en la frontera oriental con Bielorrusia sigue siendo estable, con un número significativamente menor de cruces fronterizos irregulares que en el pico de la crisis de instrumentalización en 2021.

3. Hallazgos clave del informe

El presente informe hace un balance de los avances logrados y los avances clave en el área de la migración y el asilo durante el último año, destacando en particular:

- Solidaridad sin precedentes con Ucrania: Europa ha ofrecido una bienvenida sin precedentes a millones de personas que huyen de la guerra de agresión rusa contra Ucrania, a través de la primera activación de la Directiva de Protección Temporal; la

creación de una Plataforma de Solidaridad y la implementación de un plan de 10 puntos para una respuesta europea coordinada (ver ficha informativa).

- Sólida gestión de las fronteras exteriores: como parte central del enfoque del Pacto, se ha prestado especial atención a garantizar la gestión de las fronteras exteriores mediante la implementación de la nueva arquitectura de TI y la interoperabilidad; pasos importantes en la construcción de un sistema común de retorno de la UE, incluso mediante el nombramiento de un coordinador de retorno; y aplicación de una política de visas estratégica y estructurada.
- Trabajar con socios internacionales: durante el año pasado, la UE ha intensificado su trabajo para buscar una cooperación mutuamente beneficiosa en el área de la migración. La UE es un actor y donante mundial líder en la mejora de la protección y la asistencia a las personas desplazadas por la fuerza y sus anfitriones, salvando vidas y sentando las bases para soluciones duraderas. Al mismo tiempo, ha habido avances en el tratamiento de cuestiones de retorno, readmisión, gestión de fronteras y redes de contrabando en asociaciones con terceros países clave que reflejan un equilibrio entre sus necesidades y los intereses de la UE.
- Contrarrestar las amenazas híbridas: la comunicación oportuna, resuelta y unida de la UE con los socios puede producir resultados impresionantes, como lo demuestra la respuesta a la instrumentalización de los inmigrantes por parte del régimen bielorruso. La Comisión trabajó con los países de origen y tránsito, así como con las compañías aéreas y las autoridades de aviación civil, para construir una coalición para contrarrestar este ataque híbrido.

3. NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO DE REFORMA DEL SISTEMA MIGRATORIO EUROPEO (20 diciembre 2023)

Firmado en Bruselas, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo fue resultado de tres años de intensas negociaciones y entraría en vigor en 2024. Los representantes de los Estados miembros en el Consejo (Coreper) confirmaron el 20 de diciembre de 2023 el acuerdo provisional entre la Presidencia española del Consejo y el Parlamento Europeo acerca de una Directiva sobre el permiso único, que supone una actualización de la reglamentación de la migración legal al mercado laboral de la UE.

La migración fue la principal preocupación planteada por los ciudadanos de toda la Unión en las elecciones de 2019. Cumplir con este paquete antes de fin de año es un gran éxito para el centro constructivo proeuropeo antes del inicio de un año electoral en Europa”.

Según la Comisión Europea, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo es un conjunto de regulaciones y políticas para crear un proceso de migración y asilo más justo, eficiente y sostenible.

I. Antecedentes

Los cinco reglamentos que forman parte del acuerdo político suscrito el 20 de diciembre de 2023 son componentes del nuevo pacto sobre migración y asilo que la Comisión propuso el 23 de septiembre de 2020. El Consejo se pronunció sobre estas cinco disposiciones en junio de 2022, junio de 2023 y octubre de 2023, respectivamente, y desde entonces negocia con el Parlamento Europeo para consensuar una postura común.

II. Cinco reglamentos

Los cinco reglamentos de la UE que han acordado la Presidencia española y el Parlamento afectan a todas las fases de la gestión del asilo y la migración, desde el control de los inmigrantes

irregulares a su llegada a la UE, la toma de datos biométricos, los procedimientos de presentación y tramitación de las solicitudes de asilo que también refuerzan los derechos de los solicitantes, las normas para determinar qué Estado miembro es responsable de tramitar una solicitud de asilo y la cooperación y solidaridad entre Estados miembros y cómo gestionar las situaciones de crisis, incluidos los casos de instrumentalización de inmigrantes.

Las nuevas normas, una vez adoptadas, harán más eficaz el sistema europeo de asilo y aumentarán la solidaridad entre los Estados miembros al permitir aligerar la carga de los Estados miembros a los que llegan más migrantes.

1. Reglamento sobre el procedimiento de asilo

El Reglamento sobre el procedimiento de asilo establece un procedimiento común que los Estados miembros deben seguir cuando una persona busca protección internacional. Racionaliza los trámites procesales y establece normas sobre los derechos del solicitante de asilo, incluido el derecho a asesoramiento jurídico gratuito en el procedimiento administrativo.

El reglamento también establece obligaciones claras para los solicitantes en términos de cooperación con las autoridades a lo largo de todo el procedimiento.

2. Procedimiento fronterizo

El RAP introduce un procedimiento fronterizo obligatorio, con el objetivo de evaluar rápidamente en las fronteras exteriores de la UE si las solicitudes de asilo son infundadas o inadmisibles. Las personas sujetas al procedimiento fronterizo de asilo no están autorizadas a entrar en el territorio del Estado miembro. Además, tendrán que residir en la frontera exterior o en zonas de tránsito, o en sus proximidades, o en otros lugares designados dentro del territorio de un país (respetando las garantías y condiciones de la directiva sobre condiciones de acogida).

El procedimiento fronterizo se aplica cuando un solicitante de asilo presenta una solicitud en un puesto fronterizo exterior, tras su detención en relación con un cruce ilegal de fronteras y tras su desembarco después de una operación de búsqueda y salvamento en el mar. El procedimiento es obligatorio para los Estados miembros si el solicitante es un peligro para la seguridad nacional o el orden público, si ha engañado a las autoridades con información falsa u ocultando información y si el solicitante tiene una nacionalidad con una tasa de reconocimiento inferior al 20%. Los menores no acompañados quedarán excluidos del procedimiento fronterizo, a menos que supongan una amenaza para la seguridad.

Se introduce un sistema de priorización para aclarar qué categorías de solicitudes deben tener prioridad a efectos de determinar la admisión a un procedimiento fronterizo. Debe darse prioridad al examen de las solicitudes de los solicitantes menores de edad y de los miembros de sus familias. Los Estados miembros también deben establecer un mecanismo para supervisar el respeto de los derechos fundamentales en relación con el procedimiento fronterizo.

3. Capacidad adecuada

Los Estados miembros deben establecer una capacidad adecuada, en términos de recepción y recursos humanos, que les permita en cualquier momento llevar a cabo el procedimiento fronterizo y ejecutar las decisiones de retorno para un número determinado de solicitudes.

A escala de la UE, esta capacidad adecuada es de 30.000 personas. La capacidad adecuada de cada Estado miembro se establecerá sobre la base de una fórmula que tenga en cuenta el número de cruces irregulares de fronteras y denegaciones de entrada durante un periodo de tres años. El número máximo de solicitudes de asilo que un Estado miembro debe examinar anualmente en el procedimiento fronterizo será cuatro veces superior a su respectivo límite de capacidad adecuada.

4. Concepto de tercer país seguro

Las autoridades decisorias competentes para el examen de las solicitudes de protección internacional podrán rechazar una solicitud como inadmisibles si se aplica el concepto de tercer país seguro. Un tercer país sólo podrá ser designado como tercer país seguro cuando se cumpla una estricta lista de criterios. Por ejemplo, debe garantizarse la vida y la libertad del solicitante y protegerle contra la devolución. También es esencial que exista una conexión entre el solicitante y el tercer país en cuestión sobre cuya base sería razonable que fuera a ese país.

5. Reglamento sobre asilo y gestión de la migración

A) Modificación de las normas de Dublín

El Reglamento sobre gestión de asilo y migración (AMMR) sustituirá al actual Reglamento de Dublín. El Reglamento de Dublín establece normas que determinan qué Estado miembro es responsable del examen de una solicitud de asilo (y que pueden dar lugar a que un solicitante de asilo sea trasladado a otro Estado miembro distinto de aquel en el que reside). El AMMR aclarará los criterios de responsabilidad y racionalizará las normas para el traslado de un solicitante.

Según el nuevo reglamento, los solicitantes de asilo deben presentar su solicitud en el Estado miembro de primera entrada o de estancia legal. Sin embargo, cuando se cumplen determinados criterios, otro Estado miembro puede hacerse responsable de tramitar una solicitud de asilo. Según el acuerdo, cuando un solicitante esté en posesión de un título (que no tenga más de 6 años) de un centro educativo de un Estado miembro de la UE, dicho Estado miembro será responsable de examinar la solicitud de protección internacional.

Además, se ampliará el criterio destinado a reunir a los solicitantes con los miembros de su familia para incluir, además de a los miembros de la familia beneficiarios de protección internacional, a los que residen en un país en virtud del permiso de residencia de larga duración de la UE, a los que hayan adquirido la ciudadanía y a los recién nacidos.

B) Estrategias nacionales y de la UE

Los Estados miembros deben poner en marcha estrategias nacionales que les garanticen la capacidad de gestionar un sistema eficaz de asilo y migración que respete la legislación de la UE y las obligaciones jurídicas internacionales. Para garantizar un planteamiento coherente de los planes nacionales, la Comisión elaborará su propia Estrategia Europea de Gestión del Asilo y la Migración, de cinco años de duración.

C) Prevención de abusos y movimientos secundarios

El reglamento limita los motivos de cese o desplazamiento entre Estados miembros. Esto reduce las posibilidades de que el solicitante elija el Estado miembro en el que presenta su solicitud y desincentiva así los movimientos secundarios (cuando un migrante se desplaza del país al que llegó por primera vez para buscar protección o reasentamiento permanente en otro lugar).

El nuevo reglamento ha modificado los plazos de duración de la responsabilidad de un país para tramitar una solicitud:

- el Estado miembro de primera entrada será responsable de la solicitud de asilo durante 20 meses, lo que supone un aumento respecto a los 12 meses actuales
- cuando la primera entrada se produzca tras una operación de búsqueda y salvamento en el mar, la duración de la responsabilidad será de 12 meses

- si un Estado miembro rechaza a un solicitante en el procedimiento fronterizo, su responsabilidad sobre esa persona terminará a los 15 meses (en caso de renovación de la solicitud)
- cuando un país quiera trasladar a una persona al Estado miembro que es realmente responsable de ella y ésta se fugue (por ejemplo, escondiéndose para eludir el traslado), la responsabilidad pasará al Estado miembro trasladante al cabo de tres años.

Con el fin de simplificar el complejo procedimiento actual para devolver a un solicitante al Estado miembro responsable de su solicitud, el nuevo Reglamento de asilo y gestión de la migración introduce una notificación de devolución sencilla y más rápida. Este procedimiento entrará en vigor cuando ya se haya establecido la responsabilidad y pueda verificarse fácilmente en Eurodac.

D) Nuevo mecanismo de solidaridad

Para equilibrar el sistema actual, en el que unos pocos Estados miembros son responsables de la gran mayoría de las solicitudes de asilo, se establecerá un nuevo mecanismo de solidaridad. Las nuevas normas combinan la solidaridad obligatoria para apoyar a los Estados miembros que no pueden hacer frente al número de llegadas irregulares a su territorio con la flexibilidad para los Estados miembros en cuanto a la elección de sus contribuciones. Estas contribuciones incluyen la reubicación de los solicitantes de asilo y de los beneficiarios de protección internacional, contribuciones financieras, incluso en terceros países, o medidas de solidaridad alternativas como el despliegue de personal o medidas centradas en el desarrollo de capacidades. Los Estados miembros tienen plena discreción en cuanto al tipo de solidaridad a la que contribuyen. Ningún Estado miembro estará obligado a llevar a cabo reubicaciones. Un coordinador de solidaridad de la UE coordinará la aplicación del mecanismo de solidaridad.

Habrà un número mínimo anual para las reubicaciones desde los Estados miembros donde la mayoría de las personas entran en la UE o lo solicitan a los Estados miembros menos expuestos a este tipo de llegadas. Este número se fija en 30.000, mientras que la cifra mínima anual para las contribuciones financieras se fijará en 600 millones de euros. Estas cifras podrán aumentarse en caso necesario y también se tendrán en cuenta las situaciones en las que no se prevea necesidad de solidaridad en un año determinado.

Para compensar un número posiblemente insuficiente de reubicaciones prometidas, se dispondrá de compensaciones de responsabilidad como medida de solidaridad de segundo nivel, en favor de los Estados miembros beneficiarios de la solidaridad. Esto significará que el Estado miembro contribuyente asumirá la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo de las personas que, en circunstancias normales, serían objeto de un traslado al Estado miembro responsable (Estado miembro beneficiario). Este régimen será obligatorio si los compromisos de reubicación no alcanzan el 60% de las necesidades totales determinadas por el Consejo para el año en cuestión o no alcanzan el número fijado en el reglamento (30.000).

III. Control de los inmigrantes irregulares

Otro de los pilares del Pacto es el Reglamento de control. Su objetivo es reforzar los controles de personas en las fronteras exteriores. También garantiza la rápida identificación del procedimiento correcto –como el retorno a su país de origen o el inicio de un procedimiento de asilo– cuando una persona entra en la UE sin cumplir las condiciones de entrada adecuadas.

El control incluirá controles de identificación, sanitarios y de seguridad, así como la toma de huellas dactilares y el registro en la base de datos Eurodac. Se llevará a cabo cerca de las fronteras exteriores durante un periodo máximo de 7 días.

El Reglamento se aplicará a las personas detenidas con ocasión del cruce no autorizado de una frontera exterior por tierra, mar o aire, a las personas desembarcadas tras una operación de búsqueda y salvamento en el mar y a las personas que hayan presentado una solicitud de protección internacional en los pasos fronterizos exteriores o en las zonas de tránsito pero no cumplan las condiciones de entrada. También se aplica a las personas detenidas en territorio de la UE que hayan eludido los controles en las fronteras exteriores (en este último caso, el control debe realizarse en 3 días).

Las personas sometidas al proceso de control no están autorizadas a entrar en el territorio de un Estado miembro y deben permanecer a disposición de las autoridades en el lugar del control. Pueden ser internadas de acuerdo con las condiciones y garantías establecidas en la legislación vigente de la UE.

El Consejo y el Parlamento Europeo han acordado que los Estados miembros deberán establecer un mecanismo independiente para supervisar el respeto de los derechos fundamentales durante el control.

IV. Eurodac: creación de una base de datos biométricos sobre migración

El Consejo y el Parlamento también han llegado a un acuerdo sobre la ampliación de la base de datos dactiloscópicas Eurodac. La actualización del Reglamento Eurodac permitirá atajar mejor los movimientos irregulares y controlar las trayectorias de los solicitantes de asilo y las personas en situación irregular en toda la UE. En particular, los cambios acordados por los colegisladores permiten registrar a los solicitantes de asilo individualmente, en lugar de las solicitudes. Esto permitirá a las autoridades identificar mejor a las personas que presenten múltiples solicitudes. Como resultado, será más fácil identificar al Estado miembro responsable de tramitar una solicitud de asilo y rastrear los movimientos secundarios.

1. Ampliación de Eurodac

Eurodac se ampliará para contener datos biométricos adicionales, como imágenes faciales. Otros datos personales que se recogerán son el nombre, la fecha de nacimiento, la nacionalidad y la fecha y lugar de solicitud de protección internacional.

Además de almacenar los datos de los solicitantes de asilo, la base de datos también incluirá a las personas que permanezcan ilegalmente en un país, que hayan entrado irregularmente en la UE, así como a las personas desembarcadas a raíz de operaciones de búsqueda y rescate.

La recogida de datos biométricos será obligatoria para las personas mayores de seis años, frente a los 14 años de la normativa actual.

2. Registro de beneficiarios de protección temporal

Los colegisladores también han llegado a un acuerdo sobre una propuesta de los Estados miembros para registrar a las personas beneficiarias de protección temporal. El registro de los datos de los beneficiarios de protección temporal en Eurodac, en lugar de en sistemas de registro *ad hoc*, garantizará que se beneficien de las salvaguardias y protecciones establecidas en este Reglamento, en particular en lo que respecta al periodo limitado de conservación de datos.

Esta nueva disposición no se aplicará a los refugiados ucranianos que disfruten de protección temporal en virtud del régimen actual.

Los colegisladores también acordaron que Eurodac debería utilizarse para apoyar la aplicación de los programas de reasentamiento. Estos programas ofrecen vías legales y seguras de protección en la UE. Según las disposiciones acordadas, las personas reasentadas en virtud de programas de reasentamiento nacionales o de la UE se registrarán en Eurodac.

3. Uso de Eurodac para la aplicación de la ley

Otra actualización se refiere al registro de las amenazas de una persona a la seguridad de un Estado miembro. En determinadas circunstancias, será necesario registrar si, tras los controles de seguridad, parece que una persona podría suponer una amenaza para la seguridad interior de un país.

Además, las autoridades policiales podrán consultar la base de datos Eurodac para prevenir, detectar o investigar delitos de terrorismo u otros delitos graves. Con arreglo a las nuevas normas, los cuerpos y fuerzas de seguridad podrán acceder a Eurodac a efectos de consulta sin una comprobación previa en las bases de datos nacionales y en los sistemas automatizados de identificación dactiloscópica de otros Estados miembros.

4. Periodo de conservación de datos

Como ya ocurre en el marco actual, los datos relativos a los solicitantes de protección internacional se conservarán en Eurodac durante 10 años. Los legisladores también han acordado que no haya periodo de conservación para las estadísticas, que se almacenarán de forma anónima.

V. Apoyo a los Estados miembros en situación de crisis migratoria

El quinto instrumento del Pacto es un nuevo Reglamento y que establece un marco que permite a los Estados miembros hacer frente a situaciones de crisis en el ámbito del asilo y la migración. Por un lado, estarían autorizados a ajustar determinadas normas, por ejemplo en lo relativo al registro de las solicitudes de asilo o al procedimiento fronterizo de asilo. Por otro lado, estos países podrían solicitar medidas de solidaridad y apoyo a la UE y a sus Estados miembros.

Estas medidas excepcionales y este apoyo solidario requieren la autorización del Consejo.

La propuesta de nuevo Reglamento también contiene normas para hacer frente al impacto de una situación en la que los migrantes son instrumentalizados con fines políticos, es decir, actores estatales extranjeros que utilizan los flujos migratorios para tratar de desestabilizar la UE y sus Estados miembros.

1. Medidas excepcionales en situaciones de crisis

En una situación de crisis o de fuerza mayor, los Estados miembros pueden estar autorizados a apartarse de ciertas normas relativas al asilo y al procedimiento de retorno. En este sentido, entre otras medidas, el registro de las solicitudes de protección internacional podrá completarse a más tardar cuatro semanas después de su presentación, en lugar de 7 días, lo que aliviará la carga de las sobrecargadas administraciones nacionales. Cuando se trate de una situación de crisis, un Estado miembro también podrá pedir que se modifiquen los criterios para que un solicitante sea examinado en el procedimiento fronterizo (por ejemplo, aumentando al 50% el umbral relacionado con la tasa de reconocimiento).

Como excepción adicional, los Estados miembros en situación de crisis no tendrían que readmitir a los solicitantes de asilo de otro país de la UE, como se les exigiría en circunstancias normales.

2. Solidaridad con los países en situación de crisis

Un Estado miembro que se enfrente a una situación de crisis puede solicitar contribuciones de solidaridad a otros países de la UE. Estas contribuciones son similares a las acordadas en el marco del AMMR, es decir, la reubicación de solicitantes de asilo o beneficiarios de protección internacional desde el Estado miembro en situación de crisis a los Estados miembros

contribuyentes, las compensaciones de responsabilidad y las contribuciones financieras o medidas de solidaridad alternativas.

VI. Actuaciones futuras

Tras la presente aprobación, el texto tendrá que ser adoptado formalmente tanto por el Consejo como por el Parlamento Europeo.

El acuerdo provisional debe ser adoptado formalmente por el Parlamento y el Consejo antes de que pueda convertirse en ley. Los legisladores se comprometieron a adoptar la reforma de las normas de migración y asilo de la UE antes de las elecciones europeas de 2024.

España

CONSEJO DE ESTADO

4. PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN DE RECURSOS Y EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LEY 12/2015, DE 24 DE JUNIO, EN MATERIA DE CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS SEFARDÍES ORIGINARIOS DE ESPAÑA (1548/2022) (1 diciembre 2022)

[...]

Tercera. Sobre el contenido de la Orden proyectada y sobre el alcance de la habilitación concedida por la Ley 12/2015 a la persona titular del Ministerio de Justicia

Como determina el art. 11.1º de la Constitución "la nacionalidad se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley". Esa reserva de ley ha venido desarrollándose a través del Código Civil y sus sucesivas reformas. El art. 21 Cc establece que la nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza "otorgada discrecionalmente mediante real decreto" cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales, o por residencia en España, de acuerdo a lo previsto en el art. 22 que establece un plazo general de residencia de diez años. Este plazo ha sido reducido a dos años cuando se trate de nacionales de origen iberoamericano o de ciudadanos de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal o de sefardíes. Además, para todos estos nacionales se permite la adquisición de la nacionalidad española por naturaleza sin perder su nacionalidad de origen.

Los sefardíes originarios de España tenían ya reconocidas facilidades para el acceso a la nacionalidad española a través de la vía de la nacionalización por residencia, aparte de que haya habido una política más abierta de concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza al considerar el Gobierno la concurrencia de circunstancias excepcionales en casos de sefardíes originarios de España que hubieran solicitado la concesión de la nacionalidad.

La Ley 12/2015 da un paso más para facilitar la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza a los sefardíes originarios de España al disponer su art. 1 que las circunstancias excepcionales que exige el art. 21 Cc "concurren en los sefardíes originarios de España que prueben dicha condición y una especial vinculación con España, aun cuando no tengan residencia legal en nuestro país". Dicho artículo determina, además, cómo se acreditará fehacientemente la condición de sefardí originario de España y la especial vinculación con España que, además, exigirá la superación de dos pruebas, sobre el conocimiento básico de la lengua española y sobre el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas. Se facilita la obtención de la nacionalidad española pero solo para ciertos sefardíes con especial "vinculación con España".

La Ley 12/2015 regula un complejo procedimiento para la concesión de la nacionalidad. El mismo se inicia con la remisión telemática al Consejo General del Notariado de la solicitud presentada ante la Administración, correspondiendo a ese Consejo General determinar cuál es el notario competente para valorar la documentación aportada y para concertar con el interesado su comparecencia personal. Tras el examen de esos documentos y la comparecencia del interesado, el notario levantará acta sobre si estima o no justificada la condición de sefardí originario de España y sobre la especial vinculación del solicitante con España, haciendo constar si, a su juicio, se cumplen o no los requisitos legalmente exigidos. El notario remitirá copia electrónica del acta a la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) a la que corresponderá la resolución del expediente, tras los informes de los Ministerios de Interior y de Presidencia, siendo su resolución título suficiente

para la práctica de la correspondiente inscripción en el Registro Civil, previo cumplimiento del requisito del juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes exigido en el art. 23 Cc.

La concesión de nacionalidad por carta de naturaleza a los sefardíes originarios de España tiene algunas semejanzas con el procedimiento general para la concesión por carta de naturaleza, pero también algunas diferencias sustanciales. Además de la valoración *ex lege* de la existencia de circunstancias excepcionales y de la intervención notarial en el procedimiento, el acto que pone fin al procedimiento ya no es un real decreto del Consejo de Ministros que se publica en el Boletín Oficial del Estado sino una resolución de un centro directivo, la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Con la finalidad de aclarar determinados aspectos de ese procedimiento y de facilitar la aplicación de la Ley 12/2015, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una Instrucción el 29 de septiembre de 2015 (BOE 30.9.52015), que especificaba algunos detalles sobre los documentos a presentar, sus traducciones y legalizaciones, y la comparecencia requerida a los solicitantes. Hay que recordar que, en esta materia procedimental, la Ley 12/2015, en su art. 2.3.c) tan solo encomendó a la Dirección General de los Registros y del Notariado determinar el "formato uniforme de la copia electrónica" del acta que el notario había de remitir a la Dirección General.

En esa Instrucción se incluyó un ap. II.3.5 sobre el régimen de "recursos", previendo la regla general en materia de recursos administrativos, o sea el recurso potestativo de reposición y el sucesivo recurso de alzada ante la Subsecretaría de Justicia, añadiendo que, contra esta resolución, cabía recurso "en vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid". La propia Instrucción y, desde luego, su ap. II.3.5, iban mucho más allá de lo dispuesto para esos instrumentos por el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que los considera como instrumentos mediante los cuales "los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes", es decir, como decisiones con efectos puramente internos, como ocurre con buena parte de la Instrucción que ahora se analiza.

La disposición derogatoria del proyecto se propone dejar sin efecto el citado ap. II.3.5 de la citada Instrucción, que se considera "necesario modificar de conformidad con los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas". Sin embargo, esos arts. 121 y 122 regulan el recurso de alzada y los plazos para su interposición. El articulado de la Orden se propone precisamente suprimir ese recurso de alzada previsto en el art. 112 de esa ley y solo sustituible en los casos previstos en el ap. 2 de ese mismo artículo.

Para dejar sin efecto ese apartado de la Instrucción hubiera bastado dictar otra instrucción en ese sentido. Sin embargo, se ha optado por derogar solo un apartado de esa Instrucción, regulando el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas en materia de concesión de la nacionalidad española al amparo del art. 2 de la Ley 12/2015, además de establecer el procedimiento para la aplicación de la disposición adicional tercera de esa ley y el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas al amparo de la misma.

En materia de recursos administrativos tanto el art. 1 como el art. 2 de la proyectada Orden disponen que las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ponen fin a la vía administrativa, aunque admiten que procede contra ellas el recurso de reposición (art. 3), eliminando, por tanto, el anteriormente previsto recurso de alzada. En materia de impugnaciones judiciales, establecen que, contra estas resoluciones, procede la impugnación ante el Juzgado de Primera Instancia, es decir, en la vía civil.

La Orden proyectada desarrolla, por otra parte, un procedimiento administrativo para dar cumplimiento a la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015, que establece que corresponde al Consejo de Ministros la concesión de la nacionalidad española en los casos que se

susciten una vez terminado el plazo previsto inicialmente, plazo que ha concluido el 10 de octubre de 2019.

La justificación para las modificaciones propuestas se encuentra, al decir de la propia Orden, en la confusión que ha generado la citada instrucción al ofrecer, frente a las mencionadas resoluciones administrativas, dos tipos de recursos,alzada y reposición. A ello suma la cita del auto 16/2020, de 8 de octubre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, relativo a una nacionalidad de una descendiente de un español exiliado, que ha declarado que "el conocimiento de asuntos de nacionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se circunscribe a la establecida en el art. 22.5 Cc que prescribe que "la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa"". Ello indicaría que esa vía no es la competente para conocer de los asuntos de nacionalidad por carta de naturaleza, que corresponderían a la jurisdicción civil.

En cuanto a los trámites procedimentales regulados en su art. 2 para la aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015, la proyectada Orden sometida a consulta tiene prácticamente el mismo contenido sustancial que la ley que pretende desarrollar, en cuanto especifica los trámites procedimentales aplicables para que los sefardíes que reúnan las condiciones previstas en la Ley 12/2015 en los que concurran, además, circunstancias excepcionales o razones humanitarias, puedan obtener la nacionalidad española. Con ello, se pretende regular un procedimiento especial que, según se verá, ya venía determinado por la Ley 12/2015.

En suma, el proyecto enviado al Consejo de Estado pretende, mediante una orden ministerial, regular un procedimiento administrativo especial, establecer un régimen de recursos contra unos determinados actos administrativos y determinar la jurisdicción competente en materia de recursos contra estos mismos actos.

La Orden trata de justificarse en la habilitación genérica a la ministra de Justicia contenida en la disposición final cuarta de la Ley 12/2015 "para dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley". Ha de examinarse si esa habilitación "*per saltum*" y el rango previsto de orden ministerial incluyen la potestad de regular *ex novo* aspectos concretos del procedimiento como son los recursos administrativos y la atribución de competencias a un concreto orden jurisdiccional, además de desarrollar por completo un procedimiento administrativo ad hoc para la aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015.

Como viene declarando este Consejo de Estado, "los Ministros, como miembros del Gobierno (arts. 98.1º de la Constitución y 1.1º de la Ley del Gobierno), participan de esta potestad reglamentaria, de modo que pueden "ejercer la potestad reglamentaria en materias propias de su Departamento", normas reglamentarias que serán aprobadas por Orden Ministerial (art. 23.3º de la Ley del Gobierno) (dictamen número 2.398/2010, ya citado). Partiendo de esa previsión legal de carácter general, la presente consulta ha de abordar cuál es el concreto alcance de la habilitación que la disposición final cuarta de la Ley 12/2015 confiere a la persona titular del Ministerio de Justicia.

Esa habilitación no se extiende al desarrollo reglamentario general de la mencionada ley, sino que se limita a "dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley". Con ello, el legislador ha pretendido que se dicten disposiciones que hagan factible y faciliten la ejecución de la ley, una habilitación que no se ejerció en tiempo y forma, pues el sistema previsto en la Ley 12/2015 tenía un alcance temporal limitado, desde el 1 de octubre de 2015 hasta, tras su prórroga, el 1 de octubre de 2019.

Ello se ha debido posiblemente a que la Ley 12/2015 es muy detallada en la regulación del procedimiento para obtener la concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. Por ello, esa ley no contuvo una habilitación al Gobierno para aprobar un desarrollo reglamentario mediante un real decreto aprobado en Consejo de Ministros, como por ejemplo

hizo la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, para la concesión de la nacionalidad española para los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales.

A juicio del Consejo de Estado, la habilitación contenida en la citada disposición final cuarta, que significativamente no lleva el calificativo de "reglamentaria", no tiene un alcance distinto o mayor que otras habilitaciones genéricas, no necesariamente de alcance normativo, para dictar disposiciones que no innoven, modifiquen o completen la regulación contenida en la ley habilitante. No se trata, pues, de una habilitación abierta para que la proyectada Orden pueda contener previsiones que van mucho más allá de ser medidas necesarias para facilitar, en sus propios términos, la ejecución de la ley.

Que esto es así lo confirma la disposición adicional segunda de la Ley 12/2015, que habilita al Ministerio de Justicia, es decir, a la persona titular de ese órgano, a regular "el procedimiento electrónico para la tramitación de los procedimientos de obtención de nacionalidad española por residente, carta de naturaleza o dispensa". La interpretación sistemática de la disposición final cuarta con la disposición adicional segunda permite confirmar que el legislador no había encomendado a la persona titular del Ministerio de Justicia regular materias como las contenidas en la Orden ministerial, unas materias que, además, están sujetas al respeto en principio de la reserva de ley y en las que el espacio del poder reglamentario está muy limitado.

En consecuencia, estima el Consejo de Estado que no existe habilitación legal para dictar una orden ministerial como la proyectada en la que, además, se regulan materias que están sujetas muy estrictamente al principio de reserva de ley, como a continuación se examina.

[...]

5. PROYECTO DE REAL DECRETO SOBRE INVERSIONES EXTERIORES (1812/2022) (26 enero 2023)

[...]

La norma proyectada tiene por objeto, como se ha dicho, establecer el régimen de las inversiones exteriores.

La regulación de esta materia en España ha experimentado una evolución notable en los últimos cuarenta años, fundamentalmente en lo que se refiere a la intervención administrativa. Una exposición sucinta de los antecedentes permitirá encuadrar mejor las observaciones que más adelante se formulan a la norma proyectada.

La Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, fue el marco normativo de referencia hasta 2003. De ella dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

"Concebida como una norma de gran flexibilidad en su aplicación, la Ley 40/1979 permite al Gobierno configurar lo mismo una situación de absoluta libertad en los movimientos de capitales que una de total restricción, pues le faculta para regular exhaustivamente las transacciones con el exterior y para someterlas cuando así lo considere conveniente a todo tipo de prohibiciones, autorizaciones, verificaciones o declaraciones previas" (dictamen número 60/2001, de 5 de julio, sobre el entonces anteproyecto de Ley sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior).

Esta flexibilidad de la ley, unida a la deslegalización que llevaba a cabo, permitió mantener su vigencia hasta el año 2003, a pesar del importante cambio que supuso el ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas. A su amparo se dictaron normas reglamentarias de talante marcadamente restrictivo (el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico del control de cambios) y otras de signo liberalizador (el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior; el Real Decreto 671/1992, de 2 de

julio, sobre inversiones extranjeras en España o el Real Decreto 672/1992, de 2 de julio, sobre inversiones españolas en el exterior).

El principal impulso para el cambio de orientación normativa vino exigido por el derecho Comunitario. Aunque inicialmente el Tratado de Roma no estableció ninguna obligación formal para los Estados, la firma del Acta Única Europea, en 1986, situó la libre circulación de capitales al mismo nivel que la de los bienes. Sobre esta base, la Directiva del Consejo 88/361, de 24 de junio, para la aplicación del art. 67 del Tratado (88/361/CEE), impuso a los Estados miembros, con efectos desde el 1 de julio de 1990, la supresión de cualesquiera restricciones a los movimientos de capitales entre las personas residentes en los mismos. En España, este cambio tuvo reflejo en la aprobación del citado Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Además, para salvaguardar las especialidades de determinadas inversiones extranjeras en sectores específicos, se aprobó la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España (sobre la que se volverá posteriormente).

El Tratado de Maastricht dio un paso más, al equiparar la libre circulación de capitales con las restantes libertades comunitarias y garantizar la libre circulación de capitales no solo dentro de la UE, sino también entre los Estados miembros y terceros Estados. Hoy, esta misma exigencia se recoge en el art. 63 TFUE con el siguiente tenor literal:

"1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países".

La única excepción a este principio de libertad se establece en el art. 65 TFUE, que dispone lo siguiente:

"1. Lo dispuesto en el art. 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los aps. 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el art. 63.

(...)"

En España, todavía sobre la base legal de la Ley 40/1979, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores –que ahora se deroga–, adecuó el ordenamiento interno a las exigencias del Tratado de Maastricht. A grandes rasgos, sus principales novedades fueron las siguientes:

— En primer lugar, se establece un mecanismo de declaración ex post de las inversiones, a los solos efectos de permitir el conocimiento administrativo, estadístico y económico de las

operaciones. Se exceptúan las transacciones con territorios o países calificados como paraísos fiscales, para las cuales se exige también una declaración previa a la inversión.

— En segundo lugar, se permite suspender el régimen de liberalización cuando concurren razones excepcionales. La suspensión determina la necesidad de obtener autorización previa y puede tener lugar en dos supuestos: (i) cuando el Consejo de Ministros así lo acuerde, con carácter general o particular, para aquellas inversiones que afecten o puedan afectar a actividades relacionadas con el ejercicio del poder público y el orden, seguridad y salud públicas (art. 10); y (ii) en todo caso, respecto de las inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional (art. 11).

— En tercer lugar, el real decreto establece un régimen unitario que pretende acabar con la superposición normativa y la atribución de competencias entre diversas autoridades administrativas. De este modo, si la inversión exterior se efectúa en un sector con regulación específica deberá superar el requisito administrativo que establezcan las disposiciones sectoriales ante los órganos competentes –estatales o autonómicos– pero, una vez superado este trámite, deberá ajustarse a las previsiones del Real Decreto sobre inversiones exteriores.

A pesar de estas relevantes modificaciones, los cambios operados en el derecho europeo aconsejaban aprobar un nuevo texto legal que reflejara claramente el principio de libre circulación de capitales (en este sentido, dictamen número 60/2001, antes citado). Por este motivo, se aprobó la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (debe advertirse que, en virtud de la disposición final segunda, ap. 1, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la norma pasó a denominarse "Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior").

La Ley 19/2003, de 4 de julio, trata –en palabras de su exposición de motivos– de "garantizar la completa adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho comunitario". Con este fin, proclama la libertad de los movimientos de capitales (art. 1.1) y define, desde el punto de vista objetivo, lo que debe entenderse por transacciones económicas con el exterior (art. 1.2). En el plano subjetivo, define los conceptos de residente y no residente (art. 2), con la declarada voluntad de acercar la definición a la que resulta de la normativa fiscal.

La intervención administrativa está limitada, en principio, al establecimiento y ejecución de procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa y estadística, de acuerdo con lo que permite el art. 65.1.b) del TFUE. De esta manera, el art. 3 de la ley establece un mecanismo de declaración que impone obligaciones a las personas físicas o jurídicas y a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y otros intermediarios financieros.

Sin embargo, el régimen de liberalización puede quedar suspendido en una serie de supuestos tasados. En primer lugar, cuando lo acuerde el Consejo de la Unión Europea en supuestos excepcionales (arts. 4 y 5). En segundo lugar, cuando así lo acuerde el Consejo de Ministros por afectar la inversión al ejercicio de poder público, actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o que afecten al orden público, seguridad pública y salud pública (art. 7). Finalmente, en el caso de determinadas inversiones extranjeras directas en España (art. 7 bis). En todos estos casos, la inversión queda sujeta a la obtención de autorización previa, respecto de la cual la ley se limita a señalar que el transcurso del plazo máximo previsto reglamentariamente sin que se haya dictado y notificado la resolución supondrá que la operación no es autorizada (art. 6).

En fin, en esta evolución normativa el último hito ha sido la regulación de las inversiones extranjeras directas, concepto que ha introducido en el ámbito de la Unión Europea el

Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, y que en España han desarrollado los Reales Decretos-leyes 8, 11 y 34/2020.

El Reglamento (UE) 2019/452 establece un marco para que los Estados miembros y la Unión puedan adoptar medidas restrictivas en materia de inversiones extranjeras directas. Tales medidas se entienden sin perjuicio del genérico derecho de los Estados miembros para establecer excepciones a la libre circulación de capitales en aplicación del art. 65 del TFUE (considerando 4 y art. 1.1º). Del mismo modo, el Reglamento aclara que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de que cada Estado miembro tenga la responsabilidad exclusiva sobre su seguridad nacional en virtud del art. 4.2º del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad de conformidad con el art. 346 TFUE (art. 1.2 del Reglamento).

En relación con tales inversiones, la norma europea se limita a establecer un marco, dentro del cual los Estados miembros son libres de mantener, modificar o adoptar mecanismos de control por motivos de seguridad y orden público (art. 3 y considerando 8). Lo que se exige es que tales mecanismos cuenten con plazos transparentes y no discriminatorios; establezcan con claridad los presupuestos de hecho, los motivos de control y las normas de procedimiento aplicables; protejan la información confidencial y permitan interponer recursos contra las resoluciones administrativas (art. 3). En cuanto a los factores que pueden tenerse en cuenta, el art. 4 ofrece una lista, no exhaustiva, que se refiere tanto al objeto de la inversión (infraestructuras críticas, tecnologías críticas y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, acceso a información sensible y libertad y pluralismo de los medios de comunicación) como al sujeto inversor (control por un gobierno extranjero, participación en actividades que afecten a la seguridad o al orden público y riesgo grave de actividades delictivas o ilegales).

Además, el Reglamento obliga a los Estados miembros a presentar informes anuales a la Comisión (art. 5) y establece un mecanismo de cooperación y ayuda entre Estados miembros –y entre estos y la Comisión– que facilite el intercambio de información y permita comunicar observaciones (o dictámenes, en el caso de la Comisión) respecto a determinadas inversiones (arts. 6 a 9). Ahora bien, en último término, la decisión sobre la inversión extranjera directa incumbe exclusivamente al Estado miembro en que esta se haya previsto o realizado (considerando 17).

Haciendo uso de estas facultades, y en el contexto de la crisis causada por el Covid-19, el Gobierno español aprobó tres reales decretos-leyes que suspendieron con carácter general la libertad de las inversiones extranjeras en España en determinados supuestos. El art. 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, contiene en la actualidad este régimen de suspensión. Su tenor literal es el siguiente:

"1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española, y todas aquellas otras que como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico que se efectúe se adquiera el control de la totalidad o de una parte de ella, por aplicación de los criterios establecidos en el art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que concurra una de estas circunstancias:

a) Que se realicen por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio.

b) Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor.

2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública:

a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

b) Tecnologías críticas y de doble uso, tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España, incluidas las telecomunicaciones, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, las nanotecnologías, las biotecnologías, los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados.

c) Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos o los referidos a servicios estratégicos de conectividad o a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.

d) Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

e) Medios de comunicación, sin perjuicio de que los servicios de comunicación audiovisual en los términos definidos en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley.

3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el art. 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

b) si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el ap. 2 de este artículo.

c) si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España.

4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el ap. 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 7 de esta Ley.

5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los aps. 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de esta Ley.

Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de la Ley.

6. El Gobierno podrá establecer reglamentariamente las categorías de operación y los importes por debajo de los cuales las operaciones de inversión directa extranjera quedarán exentas de someterse al régimen de autorización previa, por su nula o escasa repercusión en los bienes jurídicos protegidos por este artículo. Asimismo, se podrá acotar reglamentariamente la definición de los sectores relacionados en el ap. 2, a los efectos de la aplicación de la presente Ley.

Se faculta a la Ministra de Industria, Comercio y Turismo para dictar las normas necesarias para la correcta ejecución y aplicación de las disposiciones de desarrollo que dicte el Gobierno en desarrollo y ejecución de este artículo".

Con base en estos antecedentes se proyecta ahora un nuevo real decreto de inversiones exteriores que derogue el Real Decreto 664/1999 y desarrolle la Ley 19/2003, de 4 de julio, con reflejo de los últimos cambios normativos, así como de la evolución experimentada en los mercados financieros.

6. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (607/2023) (15 junio 2023)

[...]

– En primer lugar, debe subrayarse que la aprobación de la regulación proyectada resulta indispensable y urgente tras la STC n.º 36/2021. El proyecto ha sido redactado teniendo en consideración los límites a la competencia estatal en materia de relaciones internacionales, tal y como han sido interpretados en dicha sentencia. Sería necesario, no obstante, promover también una reforma legislativa para llevar a cabo la igualmente necesaria adaptación de la LAI a los efectos de la sentencia.

– En segundo lugar, debe darse nueva redacción al preámbulo, que adolece de un cierto error de planteamiento.

– En tercer lugar, procede destacar que, dada la importancia de las funciones que, con arreglo al propio proyecto y en sintonía con la STC n.º 36/2021, está llamada a desempeñar la Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia, sería deseable que, sin perjuicio de la potestad de autoorganización de la Conferencia Sectorial, el reglamento propuesto fijase al menos unos criterios mínimos en cuanto a representatividad de las diferentes Administraciones en la composición de esa Comisión Sectorial, en lugar de efectuar una remisión en blanco a su determinación el Reglamento de la Conferencia Sectorial.

– En cuarto lugar, la falta de diferenciación práctica entre la "suspensión temporal" y un eventual "cierre" de la tramitación de expedientes con un determinado país, y la ausencia de este segundo concepto en la LAI, justifican la eliminación de este en el art. 6 del proyecto.

– En quinto lugar, el proyecto debería regular la composición de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control (art. 26), en orden a garantizar la participación en ella, en la adecuada proporción, de las distintas Administraciones públicas, así como fijar las reglas fundamentales sobre su funcionamiento interno.

– Por último, existen algunos aspectos de la regulación contenida en el RAI de 2019 que, pese a haber quedado a salvo de la declaración de inconstitucionalidad acordada en la STC n.º 36/2021, no han sido incorporados al proyecto, decisión que se sugiere reconsiderar en algunos casos: por ejemplo, algunas de las funciones en España de los organismos acreditados (art. 12 del proyecto); la facultad de la Administración General del Estado para retirar la acreditación en determinados supuestos que revisten especial gravedad (art. 35.5 del RAI de 2019); o la regulación de la composición y funcionamiento de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control (art. 26 del proyecto).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional".

[...]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

7. INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (24 noviembre 2022)

I. Antecedentes

1. Mediante escrito del Secretario de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia se ha solicitado a este Consejo General del Poder Judicial la evacuación del correspondiente informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional con arreglo a lo dispuesto en el art. 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2. La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 7 de julio de 2022 designó Ponente de este informe al Vocal Don Juan Manuel Fernández Martínez.

[...]

IV. Consideraciones generales sobre el proyecto normativo

25. El Proyecto de Real Decreto objeto de informe constituye el instrumento normativo que ha de servir para la aprobación del futuro Reglamento de Adopción Internacional que sustituya al actual RAI vigente, cuyo título habilitante se encuentra en la LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, bien en aquellas disposiciones legales que contemplan el desarrollo reglamentario de los preceptos que constituyen su objeto (v. gr., los arts. 4.5, último párrafo, 7.2 párrafo segundo, 4, 5, 6, 8 y 10, y 8.2 y 3 LAI), bien en la Disposición final decimoctava de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó, entre otras leyes, la LAI, y por virtud de la cual se autoriza al Gobierno para llevar a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la Ley.

26. La reforma introducida en la LAI por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tuvo por finalidad adaptar el marco normativo en materia de adopción internacional a la nueva realidad en este ámbito, surgida como consecuencia del descenso del número de adopciones al priorizar los países de origen otras medidas de protección de los menores dentro de sus respectivos territorios, al mismo tiempo que se había producido un cambio en el perfil de los adoptandos, siendo, en la mayoría de los casos, menores con necesidades especiales, ya por razones de edad, ya por razones de salud. Paralelamente, las solicitudes de los adoptantes no se ajustaban a esta nueva realidad, existiendo un elevado número de expedientes en espera de recibir una asignación, con dilatados tiempos de espera. Por otra parte, concurría un elevado número de organismos acreditados de intermediación para la adopción internacional que no es acorde con el número de adopciones que se constituyen, dándose la circunstancia de que muchos de ellos se encontraban en dificultades económicas, al no obtener los recursos necesarios para desarrollar su actividad.

27. La reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incide, por otra parte, en la necesidad de ordenar administrativamente el sector, deslindando las competencias de la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas, potenciando las de aquella para evitar que las decisiones se tomen únicamente en el ámbito de la Administración Autonómica, de forma dispersa, con información parcial, y con diferentes criterios.

28. La distribución competencial articulada en la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sin embargo, fue cuestionada desde diversos sectores, que consideraron que la asignación competencial que se lleva a cabo en la LAI invadía competencias autonómicas, en concreto la que en materia de protección de menores se atribuye a las Comunidades Autónomas ex art. 148.1. 20ª CE. Entraban en colisión, de ese modo, los títulos competenciales sobre los que se articulaba en la ley la atribución de competencias estatales –los relativos a relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil contenidos en los ordinales 149.13ª, 5ª y 8ª CE– y el referido a la competencia autonómica en materia de protección de menores reconocida en el art. 148.1.20ª CE y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

29. En esta línea, se discutió la atribución a la Administración General del Estado de la competencia para el inicio, la suspensión o la paralización de los expedientes de adopción internacional y, en general, la centralización funcional de la fase administrativa del procedimiento de adopción internacional –incluidas las competencias sobre la acreditación de los organismos de intermediación– al amparo de los títulos competenciales del art. 149.1.3ª y 8ª CE.

30. Con posterioridad, la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, fue sometida al procedimiento regulado en el art. 33.2 LOPJ, que dio paso a un acuerdo de la subcomisión de seguimiento normativo, prevención y solución de conflictos de la comisión bilateral Generalitat-Estado de 17 de marzo de 2016 (BOE de 27 de mayo de 2016), por lo que quedó, en un principio, resuelta la discrepancia competencial, que se vuelve a suscitar con la publicación del vigente RAI.

31. En este sentido, se planteó por parte del Gobierno de Cataluña un conflicto de competencia contra determinados artículos, la Disposición Transitoria Única y la Disposición Final Primera del RAI ante el Tribunal Constitucional. El 22 de marzo de 2021 se publicó en el BOE la Sentencia de este Alto Tribunal (STC 36/2021, de 18 de febrero) sobre la citada cuestión, pronunciándose al respecto, y estimando parcialmente el conflicto positivo de competencias, declarándose la nulidad de la atribución a determinados órganos estatales de funciones ejecutivas relativas a la acreditación de los organismos intermediarios y de la regulación de los organismos de intermediación, que excede de la competencia estatal de dirección y coordinación para garantizar los objetivos de política exterior, entendiendo el alto Tribunal que el RAI invade también competencias autonómicas el sometimiento de la cláusula de revisión económica del contrato sobre actualización de costes a la previa autorización de un órgano ministerial y la atribución a órganos estatales de funciones propias de seguimiento y control de los organismos acreditados y de facultades de gestión del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias. A este respecto, se declaran inconstitucionales determinados artículos del RAI, así como de varios preceptos de la LAI.

32. En consecuencia, según se expone en la MAIN, se hace necesario modificar el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, para dar cumplimiento a la citada resolución, adaptando la norma al marco constitucional y evitando, de este modo, las consecuencias desfavorables que conllevaría la falta de armonización de la normativa vigente en materia de adopción internacional, sin que sea posible contemplar una alternativa no regulatoria, puesto que es necesario llevar a cabo dicho desarrollo con el fin de posibilitar la aplicación de la normativa de rango legal vigente en materia de adopción internacional con respeto al marco constitucional.

33. Por tanto, la distribución competencial es en cualquier caso la que aparece configurada en la LAI, con las modificaciones introducidas por la repetida Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y teniendo en cuenta la STC 36/2021, de 18 de febrero que declaró inconstitucionales y nulos tres artículos de la LAI, a saber: el art. 7.2º, párrafo primero, el art. 7.7º, inciso “La Administración General del Estado, a iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial”, y el art. 8.1º, inciso “que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado”. Tal es, por tanto, el marco legal a partir del cual se ha de llevar a cabo el desarrollo reglamentario, que encuentra

por lo demás su base en los mismos títulos competenciales que han servido para dictar la LAI y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dictándose al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.3.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española, que establecen respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y para dictar la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

34. El Proyecto del Reglamento que se informa, que goza de suficiente cobertura legal, parte, por tanto, de esta configuración del marco de competencias de la Administración del Estado y de las Entidades Públicas autonómicas, conforme al cual corresponde a la Administración estatal: i) la iniciación de la tramitación de las adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de las mismas (art. 4.1.^º LAI); ii) determinar, en colaboración con las Entidades Públicas, el número de expedientes de adopción internacional que se remitirán anualmente a cada país de origen de los menores (art. 4.5.^º LAI); iii) establecer un número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en dicho país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo (art. 7.6 LAI); iv) homologar el modelo básico del contrato de intermediación a suscribir entre los organismos acreditados y las personas que se ofrecen para la adopción, “en la forma que se determine reglamentariamente” (art. 8.2.^º LAI); y v) crear y regular un registro nacional de organismos acreditados y de reclamaciones e incidencias, “cuyo funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario” (art. 8.4.^º LAI).

35.– A partir de esta distribución competencial, el desarrollo reglamentario se articula en torno a las siguientes líneas generales:

[...]

5) Se crea el Registro de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias que permitirá disponer de toda la información relativa a las denuncias y quejas presentadas por las personas solicitantes u otros agentes sobre la actuación de los organismos en el país de origen facilitando en gran medida el seguimiento y control de los organismos acreditados.

VI.– Conclusiones

Primera.– El Proyecto de Real Decreto objeto de informe constituye el instrumento normativo que ha de servir para la aprobación del futuro Reglamento de Adopción Internacional, que sustituirá al actual Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional, y cuyo título habilitante se encuentra en la LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, bien en aquellas disposiciones legales que contemplan el desarrollo reglamentario de los preceptos que constituyen su objeto (v. gr., los arts. 4.5.^º, último párrafo, 7.2 segundo párrafo, 4, 5, 6, 8 y 10, y 8.2 y 3 LAI), bien en la Disposición Final Decimoctava de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó, entre otras leyes, la LAI, y por virtud de la cual se autoriza al Gobierno para llevar a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la Ley.

Y todo ello teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero, Rec. 4088/2021, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del art. 7.2.^º LAI por atribuir a la Administración General del Estado, en los términos y con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, la acreditación de los organismos para la intermediación internacional; del art. 7.7.^º, inciso “La Administración General del Estado, a

iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial”, por atribuir seguimiento y control de los organismos acreditados a la Administración General del Estado; y del art. 8.1, inciso “que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado” de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, por invadir las competencias autonómicas de ejecución en materia de servicios sociales y protección de menores referente a la relación de las personas que se ofrecen para la adopción y los organismos acreditados. Por ello, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes apartados y preceptos del Reglamento de Adopción Internacional aprobado por RD 165/2019, de 22 marzo (RAI): arts. 13 a 30, en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 9 c), 10 y 13 b); art. 32, ap. 2 j), inciso “de la Dirección General y”; art. 33.1; art. 38.2, inciso “por la Dirección General”; art. 38.4, inciso “a la Dirección General”; art. 39.3.b), inciso “para que pueda proceder, en su caso, a la aplicación de lo establecido en el art. 28”; art. 39.4.c), inciso “los organismos de intermediación o”; art. 39.4.e), inciso “la Dirección General”; y de la disposición transitoria única, aps. 1, 2 y 3.

Tal es, por tanto, el marco legal a partir del cual se ha de llevar a cabo el desarrollo reglamentario, que encuentra por lo demás su base en los mismos títulos competenciales que han servido para dictar la LAI y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dictándose al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.3.ª y 149.1.8.ª de la Constitución Española, que establecen respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y para dictar la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Segunda.– El Proyecto del Reglamento que se informa, que goza de suficiente cobertura legal, parte, por tanto, de esta configuración del marco de competencias de la Administración del Estado y de las Entidades Públicas autonómicas, conforme al cual corresponde a la Administración estatal: i) la iniciación de la tramitación de las adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de las mismas (art. 4.1 LAI); ii) determinar, en colaboración con las Entidades Públicas, el número de expedientes de adopción internacional que se remitirán anualmente a cada país de origen de los menores (art. 4.5 LAI); iii) establecer un número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en dicho país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo (art. 7.6 LAI); iv) homologar el modelo básico del contrato de intermediación a suscribir entre los organismos acreditados y las personas que se ofrecen para la adopción, “en la forma que se determine reglamentariamente” (art. 8.2 LAI); y v) crear y regular un registro nacional de organismos acreditados y de reclamaciones e incidencias, “cuyo funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario” (art. 8.4 LAI).

[...]

Séptima.– El art. 4 se refiere a los acuerdos bilaterales de carácter administrativo en materia de adopción internacional, atribuyendo a la Administración General del Estado la competencia para la firma de acuerdos bilaterales de carácter administrativo para favorecer las relaciones recíprocas, entendiendo el Tribunal Constitucional en la sentencia 36/2021, de 18 de febrero, que la posibilidad, formulada en abstracto, de que el Estado suscriba algún acuerdo bilateral “para favorecer relaciones recíprocas” se sitúa claramente en la órbita de las “relaciones internacionales” y, por tanto, dentro del ámbito de sus atribuciones, por lo que la previsión recogida por el precepto del reglamento proyectado merece una valoración positiva al respetar el orden competencial constitucional.

[...]

Decimocuarta. – El art. 15 del texto proyectado, en sintonía con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, regula los criterios para el establecimiento de los organismos acreditados. Su redacción coincide sustancialmente con la correspondiente al art. 17 del Decreto vigente en su número primero, pero la Dirección General ahora establece el número máximo de organismos de intermediación internacional que podrán trabajar en cada uno de los países de origen y no únicamente determina la conveniencia de acreditar o de limitar el número de organismos como establece el Decreto actual, articulándose las competencias autonómicas no solo a través de la previa consulta a la Conferencia Sectorial, sino también a través de la notificación a las Entidades Públicas competentes, todo ello por ser plenamente compatible con el orden de competencias el art. 7.6º LAI, que prevé la colaboración estatal y autonómica para establecer el número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, dado que el establecimiento de este número máximo requiere arbitrar una coordinación que, sin sustituir a los titulares de las competencias coordinadas, favorezca una decisión conjunta. (FJ 9, STC 36/2021, de 18 de febrero).

Decimoquinta. – El art. 16 regula el procedimiento para el establecimiento del número de organismos susceptibles de acreditación, a través de un mecanismo en el que se coordinan las competencias estatales y autonómicas. Es siempre la Entidad Pública (Administración Autonómica) la que acredita a los organismos, a salvo de que exista un número que rebase el establecido por la Administración General del Estado, en cuyo caso es la Conferencia Sectorial la que decide y si no hay acuerdo, el Proyecto desarrolla lo previsto en el artículo. 7.5 LAI, correspondiendo a la Administración General del Estado la comunicación del número máximo de organismos a acreditar, e interviniendo ambas administraciones en distintas fases del procedimiento a través de la Conferencia Sectorial, que es informada del número máximo de organismos a acreditar, decide en caso de que haya varios organismos salvo que no haya acuerdo (remitiéndose, en este caso, las valoraciones e informes de los organismos a la autoridad central del país de origen, conforme al art. 7.5 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre), o solicita informes, incluso de las Entidades Públicas.

Es de reseñar que, a diferencia del Decreto vigente, se han determinado los criterios generales de valoración conforme a los cuales habrá de resolverse el concurso, lo que es oportuno a efectos de decisión en el seno de la Conferencia Sectorial, por más que puedan concretarse posteriormente en las bases que han de regirlo.

[...]

Vigesimoséptima. – El Reglamento proyectado destina su capítulo VI, que reza “Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias”, al desarrollo reglamentario de las señaladas previsiones legales contenidas en el art. 7.2 *in fine* LAI y el 8.3º LAI. A tal efecto, en su art. 29 dispone la creación del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e incidencias, que será único para todo el territorio nacional, con adscripción y dependencia de la Dirección General, y que estará organizado en dos secciones, la primera de las cuales contendrá el registro de organismos acreditados, y la segunda el registro de reclamaciones e incidencias. El art. 30 del texto proyectado contempla la Sección primera relativa al Registro de Organismos Acreditados, y el art. 31 está dedicado a la Sección segunda referente al Registro de Reclamaciones e Incidencias, que tienen sus concordantes en los arts. 38 y 39, respectivamente, del RAI vigente.

También estos artículos fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional y estimada su impugnación en la STC 36/2021, de 18 de febrero. Concretamente se impugnaron los aps. 2 y 4 del art. 38 y 3 b), 4.c) y 4.e) del art. 39, toda vez que, sin cuestionar la existencia de un registro nacional, se reprochaba a estos preceptos la atribución a órganos estatales de facultades de gestión del registro, sin que las correspondientes inscripciones deriven de las comunicaciones de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En la nueva regulación del texto

proyectado (arts. 30 y 31) se suprimen todas las referencias que en los mencionados preceptos se hacían al organismo estatal sustituyéndolas por las correspondientes a la Entidad Pública, por lo que se adaptan adecuadamente a las competencias diseñadas constitucionalmente.

Por lo demás, se confiere a la sección primera carácter público, general y gratuito (art. 30.1), en tanto que el acceso a la segunda se encuentra restringido a las personas que formulen la reclamación o incidencia, los organismos destinatarios de las mismas, las Entidades Públicas competentes en materia de adopción internacional, las oficinas o secciones consulares españolas de los países de origen, así como los miembros de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control del organismo acreditado, estableciendo, asimismo, que el acceso a los datos inscritos en la sección segunda del registro y su posterior tratamiento se llevará a cabo de conformidad con las previsiones contenidas al respecto en la normativa en materia de protección de datos personales, esto es, tanto al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril 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 a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, así como, en su caso, a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Por otro lado, se advierte que, al regular la sección segunda del Registro (art. 31), relativa al registro de reclamaciones e incidencias, el titular de la potestad reglamentaria refiere su objeto a la anotación de aquellas que formulen los usuarios de los organismos de intermediación en relación con los servicios prestados por los mismos, tanto en España como en el país de origen, así como la estimación o desestimación de la reclamación o incidencia comunicada, lo que no cohonesta bien con el ámbito material de la competencia de la Administración General del Estado en lo que concierne a las funciones de control y seguimiento de las actividades de los organismos acreditados para la intermediación en la adopción internacional, dejando a salvo la que corresponde a las Entidades Públicas autonómicas sobre esta materia. Consecuentemente, se sugiere al prelegislador, para el mejor acomodo al orden competencial constitucionalmente establecido, que la redacción del precepto precise que las funciones del registro que le corresponden a la Administración General del Estado lo son sin perjuicio de las funciones ejecutivas correspondientes, según el marco constitucional, a las Comunidades Autónomas y, por ende, a las Entidades Públicas, debiendo aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas en la materia, todo ello según doctrina derivada de la STC 36/2021, de 18 de febrero.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extendiendo y firmo la presente en Madrid a 24 de noviembre de 2022.

DEFENSOR DEL PUEBLO

8. INSCRIPCIÓN DE UNA RESIDENTE COMO CIUDADANA DE LA UE EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS (Resolución del Defensor del Pueblo 27 septiembre 2022)

Consideraciones:

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 R.D. 240/2007).

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 de abril de 2022, de la que se adjunta copia.

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 Real Decreto 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.

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.

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, 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.

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.

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.

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.

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 Real Decreto 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–))

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 concurran circunstancias excepcionales no previstas en dicha norma.

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 de marzo de 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.

9. ACTUACIONES Y MEDIDAS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN MELILLA (Resolución del Defensor del Pueblo 14 octubre 2022)

Consideraciones

[...]

Para analizar esta cuestión, tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 19 de noviembre de 2020 (STC 172/2020), el Defensor del Pueblo debe realizar su labor de supervisión de la actuación de la Administración de conformidad con la interpretación que establece respecto del contenido de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En la respuesta remitida por esa secretaría de Estado se realizan reiteradas referencias a la Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 13 de febrero de 2020, en el caso (...) y (...) contra España, atribuyéndole unas consecuencias jurídicas que parecen ir más allá de las que en realidad tiene.

Resulta por tanto particularmente relevante realizar un somero comentario acerca del alcance de esta, a la vista de que nuestro Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre la regulación de los rechazos en frontera, en noviembre de 2020, conoce —y de hecho cita— la resolución dictada por el tribunal de Estrasburgo a la que se ha hecho alusión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina en sus resoluciones casos concretos y, por tanto, se ciñe en sus valoraciones a la interpretación de la normativa nacional en relación al supuesto concreto que se le plantea. Así, en este caso se limita a señalar que el establecimiento de un régimen específico para Ceuta y Melilla no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación y también afirma que «al valorar una queja relativa al art. 4 del Protocolo

nº 4, tendrá principalmente en cuenta si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera».

Por su parte, al Tribunal Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad de las normas. En lo que aquí interesa esto supone establecer un marco general respecto a cómo ha de actuarse al interpretar y aplicar un determinado precepto, en términos acordes con los requerimientos constitucionales.

Así pues, los rechazos en frontera que se producen en Ceuta y Melilla habrán de cumplir las previsiones legales, tanto nacionales como internacionales, de conformidad con la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional, el cual ha condicionado la constitucionalidad de la norma establecida para dicho supuesto a que se tengan en cuenta determinadas consideraciones que ha señalado de forma específica:

- Aplicación a las entradas individualizadas.
- Pleno control judicial.
- Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Debe traerse aquí lo dicho en el fundamento jurídico octavo, letra c, de la citada Sentencia 172/2020:

a. «El “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar [...] la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico».

El rechazo en frontera, según el Tribunal Constitucional, constituye un nuevo régimen que, ante la detección de extranjeros en la línea fronteriza de Ceuta o Melilla, permite que se practique una actuación material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera.

Sin embargo, añade que esta actuación material lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. Es claro, por tanto, que el restablecimiento inmediato de la legalidad transgredida no puede significar que se prescinda en absoluto de cualquier procedimiento, ya que eso pone en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Al analizar la naturaleza jurídica del rechazo en frontera, el Tribunal Constitucional se refiere a la devolución y dice: «Con la devolución –y también con el rechazo en frontera–, se “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido”»

La inexistencia de un procedimiento, reglamentariamente establecido, para que se pueda articular ese «cauce flexible y rápido» es el origen de las numerosas quejas que se reciben y, por tanto, la principal preocupación del Defensor del Pueblo.

A juicio de esta institución, al igual que ocurre con la devolución o con las denegaciones de entrada, previstas en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 4/2000, ha de establecerse sin demora un procedimiento que ampare esa medida gubernativa de reacción inmediata, con las garantías previstas para cualquier tipo de procedimiento administrativo en materia de extranjería, que establece el citado artículo: «Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones». Tan solo se establece una excepción a esta obligación que es la prevista para la expedición de los visados (art. 27).

b. «Los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), ...estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad...».

Esta especial atención nace de los propios preceptos constitucionales y de las obligaciones internacionales de derechos humanos de las que España es parte. Por tanto, en modo alguno podrá considerarse que se ajusta a la legalidad nacional e internacional una reacción frente a una perturbación del orden jurídico que impida la adecuada detección de estas categorías de personas entre las que se pretende rechazar en frontera.

c. Los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, tienen el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección internacional, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales. Si tales medios existen y son efectivos, los Estados podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes, estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado».

El Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de asilo está especialmente vinculado con el principio de «no devolución» que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería. Su finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro. Hace además una referencia expresa al desarrollo de este principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia.

Tomando en consideración todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que la citada disposición adicional décima, en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la legislación reguladora de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes —puestos fronterizos de Ceuta y Melilla—, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos.

[...]

Decisión

En atención a lo establecido en los arts. 19.1 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se ruega remitan las imágenes no enviadas y, en su caso, los audios.

Se formulan a V.E. las siguientes:

Recomendaciones

1. Que se desarrolle con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 172/2020, que establece que el rechazo en frontera ha de permitir su aplicación a las entradas individualizadas, un pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por España.

2. Que se deje constancia escrita de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional y que se ha verificado, mediante un mecanismo adecuado de identificación y derivación, las necesidades de protección internacional; que no es menor de edad o la concurrencia de indicios de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos. Todo ello de

conformidad con lo previsto en la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

3. Que se impulse la revisión de los protocolos de actuación que se activan con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado marroquíes, cuando se producen intentos de entrada irregulares en el perímetro fronterizo de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a fin de adaptarlos al objetivo número 23 del Pacto Mundial de las Migraciones, que establece la necesidad de gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada. En concreto, reforzar el enfoque de derechos humanos a fin de evitar situaciones de presión fronteriza extrema, con el objetivo de incrementar los operativos de atención humanitaria mejorando el trato que se dispensa a las personas que cruzan o tratan de cruzar de manera irregular las fronteras que separan los dos Estados.

4. Que se potencie la información internacional a fin de prever situaciones de presión fronteriza extrema, con el objetivo de incrementar los operativos de atención humanitaria en el perímetro terrestre en coordinación con la Secretaría de Estado de Migraciones y la Agencia de Asilo de la Unión Europea.

Se formulan igualmente los siguientes

Recordatorios de deberes legales

1. De aplicar un enfoque de derechos en la gestión fronteriza a fin de garantizar el derecho a la integridad física y moral, sin que nadie pueda ser sometido a malos tratos, tratos inhumanos o degradantes.

2. De ajustar su actuación a los principios básicos que establece el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y especialmente a impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Así como de actuar rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

3. De dictar las órdenes oportunas para que los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estén siempre identificados.

10. SOLICITUD DE ASILO EN ESPAÑA SIN TENER QUE UTILIZAR VÍAS IRREGULARES DE ENTRADA (Resolución del Defensor del Pueblo de 14 de octubre de 2022)

Consideraciones

1. La imposibilidad de acceso al puesto fronterizo de Beni Enzar (Melilla), para aquellas personas que no sean nacionales marroquíes, y que se encuentran en situación irregular en Marruecos.

El Defensor del Pueblo ha constatado esta realidad, tanto por la tramitación de numerosas quejas como por las entrevistas realizadas a quienes consiguieron llegar al Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) de Melilla, tras el salto del 24 de junio. No puede compartirse la afirmación de que estas personas podrían haber solicitado protección internacional en el citado puesto fronterizo.

Se constata la presencia de personas con necesidades de protección internacional y de menores de edad, entre las que accedieron irregularmente a territorio nacional en los dos últimos saltos de la valla de los meses de marzo y junio de este año y que consiguieron llegar al CETI de Melilla por sus propios medios. Esto podría hacer pensar que muchos de los que no lograron acceder a territorio español se encontraban en esta misma situación.

En el salto de la valla del mes de marzo accedieron al Centro de Menores de La Purísima un total de 38 personas que habrían alegado ser menores de edad, 26 de las cuales fueron declaradas mayores de edad por decreto de fiscalía. En el salto del mes de junio, de acuerdo con la información recibida, únicamente ingresó en el centro un menor. Sin embargo, en las entrevistas realizadas en el CETI algunos de los interesados manifestaron su minoría de edad, siendo su apariencia compatible con dichas manifestaciones.

En el momento de la visita realizada por personal del Defensor del Pueblo al centro de La Purísima, 6 de los menores que habían conseguido acceder irregularmente a Melilla en marzo tenían su solicitud de protección internacional en trámite.

En todas las entrevistas realizadas en el CETI se relataba la situación de precariedad en la que se encontraban en Marruecos y el hostigamiento al que fueron sometidos por la policía marroquí en los campamentos en los que pernoctaban, circunstancia que aceleró el salto a la valla del día 24 de junio. Varios de los entrevistados habían registrado su voluntad de solicitar protección internacional ante el ACNUR en Marruecos. Sin embargo, relataban que no se sentían protegidos frente a las devoluciones, que, de manera constante, realizan los agentes marroquíes a los países vecinos.

Las 134 personas que se encontraban en el CETI de Melilla el día de la visita, y que habían protagonizado el salto del 24 de junio, habían manifestado ya su voluntad de solicitar protección internacional. En el caso de los saltos de los días 2 y 3 de marzo, la Dirección General de la Policía ha informado de que tramitaron un total de 853 solicitudes.

2. La imposibilidad de que nacionales de terceros países puedan solicitar protección internacional en las representaciones diplomáticas de España en Marruecos, de conformidad con lo previsto en el art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

La Dirección General de Españoles en el Exterior y Asuntos Consulares comunicó que, desde el año 2009, existe un procedimiento establecido por el que los embajadores y embajadoras tienen la responsabilidad de:

- Obtener una declaración omnicomprendiva del caso y alegaciones de personas solicitantes de protección internacional.
- Comprobar la nacionalidad efectiva de las mismas.
- Considerar la posible existencia de un peligro para la seguridad física de estas personas por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley 12/2009.

Sin embargo, a través de las quejas recibidas se comprueba que el primer obstáculo, en la mayoría de las ocasiones insalvable, lo constituye la imposibilidad de acceso físico de estas personas a la embajada y, en su caso, consulado. Esta situación se ha visto agravada tras la pandemia, ya que la práctica totalidad de los trámites se realizan mediante citas que se obtienen de manera telemática, a través de empresas que tienen subcontratado el servicio de tramitación de visados. Por otro lado, dicho servicio ni tan siquiera contempla este tipo de procedimiento de carácter humanitario.

En el caso de Marruecos, tal y como se ha detallado en el ap. anterior, preocupa especialmente al Defensor del Pueblo el alto número de personas, presumiblemente con necesidades de protección internacional, que se ven obligadas a poner en riesgo sus vidas para poder formular dicha solicitud, en lugar de hacer uso del procedimiento previsto en el citado art. 38.

Prueba de ello es el alto número de personas, también menores de edad que se vieron obligadas a saltar la valla en marzo y junio de este año y solicitaron protección internacional una vez en territorio nacional. Esta realidad debería llevarnos a reflexionar acerca de los motivos por

los que estas personas no han encontrado la manera de solicitar protección internacional en Marruecos sin tener que poner en peligro sus vidas.

El pasado mes de septiembre ya se formuló una Recomendación y un Recordatorio de Deberes Legales a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares a fin de mejorar la información que se facilita en el portal web de las embajadas de España en todo el mundo, así como sobre la necesidad de elaborar un programa formativo específico que proporcione a los embajadores y embajadoras la información necesaria para poder realizar la labor que les encomienda el citado art. 38.

3. Enfoque de la cuestión desde la visión como institución nacional de Derechos Humanos

El mandato del Defensor del Pueblo, como Alto Comisionado de las Cortes Generales, se encuentra limitado a la supervisión de la Administración española. Sin embargo, en su calidad de institución nacional de derechos humanos extiende su mandato también a la cooperación con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos.

Para lo anterior, desarrolla relaciones de colaboración y asistencia técnica con las instituciones nacionales homólogas de otros Estados y facilita de forma independiente el seguimiento que periódicamente realizan las organizaciones internacionales sobre la situación en España de los derechos humanos.

En este contexto, resulta especialmente relevante el Pacto Mundial para las Migraciones, en el que los Estados firmantes se comprometen como obligación primordial a respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio. En el primer examen de seguimiento por parte de los Estados firmantes, que se llevó a cabo en Nueva York el pasado mes de mayo, el secretario de Estado de Migraciones reafirmó el compromiso de España en el cumplimiento del pacto.

Uno de sus objetivos es la gestión de las fronteras de manera integrada, segura y coordinada. Resulta necesario poner en marcha los compromisos y acciones previstos en el pacto, a fin de evitar que vuelvan a producirse incidentes como los ocurridos el pasado 24 de junio, en el que fallecieron un número aún hoy no determinado de personas que intentaban cruzar el perímetro fronterizo.

En este marco se apuntan varios compromisos: la cooperación bilateral y regional; la aplicación de políticas de gestión de las fronteras que respeten la soberanía nacional, el estado de derecho, las obligaciones en virtud del derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta las perspectivas de género y de infancia.

El Defensor del Pueblo estima que las medidas señaladas deberían ser prioritariamente implantadas, al objeto de favorecer alternativas legales y seguras que eviten la pérdida de vidas humanas y las situaciones de riesgo.

Decisión

En atención a lo establecido en el art. 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Recomendación

Que se adopten las medidas necesarias para reforzar los medios materiales y humanos de la Embajada y los consulados en Marruecos, al objeto de garantizar que las personas con necesidades de protección internacional puedan acceder y tramitar sus visados para solicitar asilo en España, sin tener que arriesgar sus vidas ni utilizar vías irregulares de entrada.

11. DENEGACIÓN DE UNA CARTA DE INVITACIÓN POR EL CONSULADO DE ESPAÑA EN SANTO DOMINGO (Resolución del Defensor del Pueblo de 25 de octubre de 2022)

La persona arriba indicada expone su disconformidad con la denegación de un visado a la hija y nieto de su esposa, por parte del Consulado General de España en Santo Domingo.

Consideraciones

1. El interesado, de nacionalidad española, está casado desde el 6 de septiembre de 2016 con Dña. (...), con la que reside en España.

2. El 30 de diciembre de 2021, Dña. (...), hija de Dña. (...), cursó solicitud de visado tipo C (...) ante el Consulado General de España en Santo Domingo, para visitar España junto a su hijo (...).

3. El interesado aporta copia de la carta de invitación expedida al efecto por la Comisaría de Policía Nacional de Burgos.

4. Aporta asimismo resoluciones denegatorias de los visados, expedidas por el Consulado General de España en Santo Domingo, con fecha 3 de enero de 2022; en las que se considera que la información presentada para la justificación del propósito y las condiciones de la estancia prevista no resultaba fiable.

5. Se constata la existencia de un vínculo familiar de la solicitante y su hijo con un ciudadano español, así como la existencia de una carta de invitación expedida por la Policía Nacional. Al igual que se ha comunicado con ocasión de la tramitación de otras quejas con un contenido similar, esta institución no considera ajustada a derecho la denegación de visados solicitados por familiares de ciudadanos españoles que, como en el presente caso, cuentan con una carta de invitación expedida por la policía española, por no resultar fiable la información presentada; toda vez que el vínculo familiar y dicho documento acreditan fuera de toda duda el propósito y las condiciones de la estancia.

6. En las resoluciones se manifiesta asimismo la existencia de dudas razonables en cuanto a la intención de la interesada de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado.

7. Más allá de lo expuesto, la resolución adolece de una mínima motivación, al no argumentar la citada administración ni aportar información alguna o hacer referencia a los motivos por los que considera que existen dudas razonables en cuanto a la intención de la interesada de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado.

8. El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala –entre otras– la STS de 19 de noviembre de 2001: «[...] tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el art. 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el art. 106 CE, siendo en el plano legal, el art. 54 de la LRJyPAC (actual art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común –LPAC–), el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho [...]».

Decisión

En atención a lo establecido en el art. 30.1º Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula la siguiente:

Sugerencia

Que se revoquen las resoluciones del Consulado General de España en Santo Domingo por las que se deniega la expedición de un visado tipo C a Dña. (...) y su hijo (...); y a la vista de la información presentada, se dicten nuevas resoluciones que, en caso de ser denegatorias, reflejen adecuadamente los motivos por los que se considera que existen dudas razonables en cuanto a su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración de los visados.

En la seguridad de que esta Sugerencia será objeto de atención por parte de esa dirección general, y en espera de la respuesta,

DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

12. LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA, INICIA LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA DE SENEGAL (Res. DG de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia 20 de febrero de 2023)

El BOE de 7.3.2023 publica la *Resolución de 20 de febrero de 2023, de la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, por la que se procede a la iniciación de la tramitación de expedientes de adopción internacional en la República de Senegal*.

En el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, en virtud de lo establecido en el art. 4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se dicta la presente resolución con base en los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

1. Antecedentes de hecho

Primero. En nuestro país, la tramitación de adopciones con Senegal se inicia en el año 2007. Senegal acuerda la suspensión de la tramitación de solicitudes de adopción internacional presentadas con posterioridad al 1 de diciembre de 2011, fecha en la que entra en vigor en ese país el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. El objetivo de dicha suspensión es la adaptación de su legislación en materia de infancia y adopción internacional al mencionado Convenio. Con base en la información referida, se adopta, en reunión de día 17 de julio de 2012 de la, entonces denominada, Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, el acuerdo de suspensión de las adopciones en Senegal, en el que se determina que no se remitirán a ese país nuevos expedientes de solicitud de adopción, ni se admitirán solicitudes de adopción internacional presentadas con posterioridad a 1 de diciembre de 2011, hasta que se levante dicha suspensión en el país.

Segundo. En el momento del acuerdo de suspensión de nuevos expedientes de adopción internacional en Senegal había dos organismos acreditados para la intermediación en la tramitación de expedientes de adopción internacional en ese país.

Tercero. Se han solicitado diversos informes al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (en adelante, MAEUEC), de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 6.1 del Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, siendo el último de ellos de 18 de agosto de 2021, en el que se informa que las adopciones internacionales están oficialmente abiertas en Senegal; asimismo, se explica que se ha designado como Autoridad Central en materia de adopción internacional a la Dirección

de Educación Vigilada y de Protección Social. También se aclara que ya se ha firmado la Guía de Adopción Internacional, en la que se determina el procedimiento para la constitución de las adopciones en ese país, adjuntándose, en su versión definitiva.

Cuarto. Se ha recabado información de los dos organismos que están acreditados para la intermediación en la tramitación de expedientes de adopción internacional en ese país, de acuerdo con lo que establece el art. 6, ap. 2 del citado Reglamento de Adopción internacional. En dichos informes, así como en varias reuniones mantenidas con ambos organismos acreditados, han manifestado su voluntad de reanudar su actividad de intermediación en ese país y han explicado que sus representantes en Senegal observan que se dan las condiciones necesarias para que pueda iniciarse la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional en dicho país con todas las garantías necesarias establecidas en la normativa estatal e internacional.

Quinto. Asimismo, de acuerdo con lo determinado en el mencionado artículo del Reglamento de Adopción internacional, se ha consultado a otros países del entorno comunitario europeo sobre su experiencia en la reanudación de la tramitación de adopciones internacionales, especialmente a Francia e Italia. La respuesta recibida ha sido positiva en cuanto a las garantías observadas para poder iniciar nuevos expedientes de adopción en Senegal, tras su adhesión al referido convenio, si bien se encuentran en proceso de ultimar las negociaciones y trámites para poder iniciar la tramitación de nuevos expedientes.

Sexto. Se han realizado, además, consultas y mantenido diversas reuniones, con el Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia para los derechos de los niños privados de su familia (SSI/CIR). El objeto de las reuniones mantenidas fue conocer las impresiones, a partir de la experiencia y los contactos del citado organismo internacional, para asegurar que se daban las garantías exigidas por la legislación española para poder llevar a cabo los procesos de adopción con seguridad para los niños y niñas, así como para las familias adoptivas; manifestando, en su última comunicación, que se habían puesto en marcha los nuevos procedimientos y mecanismos recogidos en la legislación senegalesa en materia de adopción internacional, y se había hecho efectiva la competencia de la Autoridad Central, por lo que confirmaban las garantías para comenzar la tramitación de nuevos ofrecimientos para la adopción en ese país.

Séptimo. Se ha recabado también información en este sentido de la Oficina Permanente del Convenio de La Haya de Derecho Internacional Privado, al haberse adherido Senegal el 24 de agosto de 2011 al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993; tal como establece en el art. 4, ap. 6 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, así como en el mencionado art. 6, ap. 2 del Reglamento de Adopción internacional. Se han mantenido para ello reuniones con la representante de la Oficina Permanente del Convenio de La Haya de Derecho Internacional Privado y se ha consultado la información referente a la protección de la infancia y la situación de las adopciones internacionales puesta a disposición desde dicha Oficina Permanente. Los datos consultados son positivos respecto a la reanudación de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional en ese país, tras la adaptación de sus procedimientos y legislación al referido convenio.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. De acuerdo con lo establecido en el art. 4, ap. 1, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores.

Segundo. El Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, establece en su art. 6, ap. 1, que la Dirección General determinará, previa consulta a las Entidades Públicas, el inicio de la tramitación de los expedientes de adopción con

un determinado país. Dicha consulta se ha llevado a cabo en la reunión de la Comisión Sectorial de 26 de enero de 2023, sin que ninguna de las Entidades Públicas manifestase objeción al respecto.

Tercero. El art. 8, del mencionado Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional determina, en su ap. 2, que «La Dirección General, previa consulta a las Entidades Públicas competentes, determinará en cada momento qué países están incursos en alguna de las circunstancias previstas en el ap. anterior, a efectos de decidir si procede iniciar, suspender o paralizar la tramitación de adopciones en ellos».

Cuarto. En virtud de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, modificado mediante los Reales Decretos 139/2020, de 28 de enero, y 311/2021, de 4 de mayo, por los que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia es el órgano competente para la reanudación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de las personas menores de edad.

En aplicación de las normas citadas, esta Dirección General resuelve:

Primero. Iniciar la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción dirigidos a Senegal desde la fecha de la publicación de esta resolución en el «Boletín Oficial del Estado».

Segundo. Notificar la presente resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a las Entidades Públicas competentes en materia de protección a la infancia y a los organismos acreditados para la tramitación de ofrecimientos de adopción en Senegal, tal como establece el art. 8, ap. 3, del citado Reglamento.

Contra esta resolución, que no pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Derechos Sociales en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

13. SUSPENDIDA LA TRAMITACIÓN DE NUEVOS OFRECIMIENTOS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN BURKINA FASO (Res. DG de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia 7 noviembre 2023)

El BOE 22.11.2023 publica la *Resolución de la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de 7 de noviembre de 2023 por la que se suspende la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción internacional en Burkina Faso*.

La tramitación de expedientes de adopción internacional en Burkina Faso, por parte de España, se inicia en el año 1997, después de que el país firmase el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional el 19 de abril de 1994 y lo ratificase el 11 de enero de 1996, entrando en vigor el 1 de mayo de 1996. Desde la fecha de inicio de tramitación de expedientes de adopción en Burkina Faso, en 1997, se han constituido un total de 50 adopciones. Sin embargo en los últimos meses se han recibido en esta Dirección General diversas consultas por parte de entidades públicas respecto a las dificultades que encontraban para iniciar la tramitación de expedientes de adopción internacional de niños y niñas de Burkina Faso, a lo que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a través de la Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, comunicaba en diciembre de 2021 que la Embajada de España en ese país hacía notar que recientemente el país había sufrido dos golpes de Estado militares, que habían enlentecido la administración burkinesa y concluía que, dada la situación de inestabilidad en el país, así como la difícil comunicación con la Autoridad Central en materia de adopción internacional de Burkina Faso, se consideraba muy complicada la tramitación de ofrecimientos

dirigidos a ese país. El Organismo directivo considera la concurrencia del supuesto previsto en el citado apartado de la Ley 54/2007 y la no conveniencia de la tramitación de ofrecimientos de adopción internacional, lo que hace recomendable la suspensión de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional hasta que se advierta una mejora sustancial en las condiciones de seguridad en el país. Por consiguiente dicta la siguiente resolución con los siguientes términos:

Primero. De acuerdo con lo establecido en el art. 4, ap. 3, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará el país que pudiera estar incurso en alguna de las circunstancias previstas en el ap. 2 de este mismo precepto y si la procedencia de la suspensión de la tramitación de adopciones en el mismo.

Segundo. El art. 4, ap. 6, de la citada Ley 54/2007, exige como trámite previo a la determinación de la suspensión de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, que se haya recabado información de los organismos acreditados; sin embargo, no existe ningún organismo acreditado, en estos momentos, en Burkina Faso. Asimismo, también se ha solicitado información a terceros países, posibilidad que contempla el ap. 2 del mismo precepto.

Tercero. En virtud de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia es el órgano competente para la suspensión de la tramitación de adopciones con cada país de origen de las personas menores de edad.

En aplicación de las normas citadas, y teniendo en cuenta la propuesta formulada por la Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia, en su reunión del día 30 de junio de 2023, esta Dirección General resuelve:

Primero. Suspender la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción internacional de personas menores de edad nacionales de Burkina Faso.

Segundo. La Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas, garantizará el envío de los informes de seguimiento post-adoptivo de las personas menores de edad adoptadas en Burkina Faso, a la Autoridad Central competente en materia de adopción de dicho país, conforme a su legislación, para dar cumplimiento al compromiso adquirido por las Entidades Públicas de Protección a la infancia, de remisión de los mencionados informes.

Tercero. Notificar la presente resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y a las Entidades Públicas competentes en materia de protección a la infancia.

Contra esta resolución, que no pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Derechos Sociales en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

14. DIRECTRICES DE LA DGSJFP PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA DE LA LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA (Instrucción DGSJFP 25 octubre 2022)

El BOE 26.10.2022 publica la *Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática*

La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (BOE de 20 de octubre) establece, en su disposición adicional octava, la posibilidad de adquirir la nacionalidad española para los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española; para los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y para los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

La entrada en vigor de la disposición adicional citada ha llevado a este Centro Directivo, en uso de las facultades que tiene atribuidas, a dictar, mediante la presente Instrucción, las siguientes directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en las Oficinas del Registro Civil.

Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de las Oficinas del Registro Civil español en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada disposición adicional octava, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los solicitantes, se resolverán con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en las siguientes directrices:

Primera. Conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, podrán optar a la nacionalidad española:

- a) Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española.
- b) Los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.
- c) Los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

En todos los supuestos indicados, será necesario que los interesados formalicen la declaración de opción en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la disposición adicional octava de

la Ley de Memoria Democrática, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de dicho plazo, por un año más, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Segunda. La solicitud-declaración de opción se presentará por los interesados ajustada a los modelos oficiales previstos en los anexos I, II, III y IV de esta Instrucción, junto con la documentación acreditativa de los requisitos legales exigidos en cada caso.

Tercera. La solicitud-declaración se presentará ante el Encargado de la Oficina General o Consular del Registro Civil que corresponda, conforme a las reglas de competencia para el ejercicio de la opción contenidas en el criterio III de la directriz séptima de esta Instrucción.

Cuarta. Los modelos de actas y diligencias quedan aprobados en los términos que figuran en los anexos I a VII de esta Instrucción. Los asientos de inscripción de nacimiento y nacionalidad se extenderán con sujeción a las normas registrales.

Quinta. Excepto en su plazo especial, estas opciones quedan sometidas a las condiciones exigidas por los arts. 20 y 23 Cc, salvo a la renuncia a la nacionalidad anterior.

En todo lo relativo a la opción por una vecindad civil común o foral, promesa o juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, los Encargados de las Oficinas del Registro Civil que formalicen el acta de opción habrán de tener en cuenta los criterios y las consideraciones jurídicas que se contienen en esta Instrucción.

Sexta. Las personas que, siendo hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del art. 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre y los hijos menores de edad, de quienes adquirieron la nacionalidad española, por aplicación de la Ley 52/2007, que optaron, a su vez, a la nacionalidad española no de origen, en virtud del ejercicio del derecho de opción, previsto en el art. 20.1.a) Cc, por estar bajo la patria potestad de un español, podrán ahora acogerse igualmente a la opción contemplada en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, a fin de obtener la nacionalidad española de origen sobrevenida, siempre que cumplan con los requisitos establecidos, formalizando para ello una nueva declaración de opción durante el plazo de vigencia de la citada disposición adicional.

Estos interesados estarán exentos de aportar la documentación ya presentada que sirvió de base para obtener la nacionalidad española no originaria.

La solicitud de la nacionalidad española de origen, que deberán formular estos interesados, se ajustará al modelo incorporado como anexo IV de esta Instrucción.

Séptima. La aplicación de las anteriores directrices se sujetará a los siguientes criterios:

I. Naturaleza y características del derecho de opción a la nacionalidad española.

La opción es un modo de adquirir la nacionalidad española que requiere la voluntad expresa de la persona interesada, formulada ante el órgano o empleado público designado en la ley, en este caso los Encargados de las Oficinas del Registro Civil español.

El art. 20 Cc configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo. No obstante el legislador, en la regulación contenida en disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, dispensó un tratamiento jurídico más beneficioso, al atribuir la cualidad de español de origen a quienes adquirieron la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en la citada disposición, quedando dicha interpretación recogida en el criterio primero de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la DGRN (actual DGSJyFP), sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Sin embargo, conviene aclarar que estas personas adquirieron, en virtud del ejercicio del derecho de opción previsto en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, la nacionalidad española «de origen» pero adquirida de forma sobrevenida, esto es, una nacionalidad cuya adquisición se produce en un momento posterior al nacimiento, suponiendo esto que la condición de español de origen se ostenta y, en consecuencia, produce efectos desde su adquisición.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia, de fecha 19 de julio de 2022 (nº de recurso 0001298/2018), disponiendo en su fundamento de derecho segundo que «... Desde el momento en que optó por la nacionalidad española al amparo de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, el progenitor del recurrente ostenta la nacionalidad española “de origen” pero el título de su adquisición no fue originario (en el sentido de coetáneo al nacimiento), sino sobrevenido. Por lo tanto, a pesar de ser español de origen, no puede ser considerado originariamente español, ya que el reconocimiento de la nacionalidad española en virtud de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007 representa una forma derivativa de nacionalidad española que tiene efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo».

Por todo lo anterior y atendiendo a los precedentes históricos de la regulación contenida en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 de Memoria Democrática y al espíritu y finalidad que la inspiran, además de a los términos en que aparece redactada, a resultados de su tramitación parlamentaria, este Centro Directivo considera que se debe aplicar la misma interpretación a quienes adquieran la nacionalidad española, en virtud de lo establecido en esta ley, es decir, se ha de considerar que adquieren la nacionalidad española de origen, pero adquirida de forma sobrevenida, produciendo efectos desde su adquisición.

En consecuencia, la opción regulada en la disposición adicional octava de esta ley presenta notables diferencias respecto a la opción regulada en el art. 20.1.b) Cc que pueden sintetizarse de la manera siguiente:

- a) El derecho de opción regulado en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 confiere la cualidad de español de origen, si bien adquirida de forma sobrevenida, es decir, con efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo.
- b) El art. 20.1.b) limita la posibilidad de optar a la nacionalidad española, al excluir a descendientes de progenitores originariamente españoles que no puedan probar su nacimiento en España, lo que no sucede en la presente regulación.
- c) Los supuestos contemplados en la disposición adicional octava contienen un plazo de dos años contados desde la entrada en vigor de la precitada ley, que tendrá lugar al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros.
- d) El derecho de opción regulado en la Ley 20/2022 no requerirá la renuncia a la nacionalidad anterior en los términos establecidos en el art. 23 Cc.

Por otro lado, cabe destacar que la opción regulada en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 presenta las siguientes notas comunes con la regulada en el art. 20.1.b) Cc:

- a) En ninguna de las dos modalidades se exige un límite de edad para su ejercicio.
- b) Para el ejercicio de la opción regulada en el art. 20.1.b) Cc y la regulada en los supuestos relacionados en la disposición adicional octava analizada, los interesados mayores de edad deben cumplir las condiciones exigidas en los arts. 20 y 23 Cc, salvo la renuncia a la nacionalidad anterior.

II. Personas que pueden ejercitar el derecho de opción a la nacionalidad española reconocido por la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

1.º Párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que «Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española, podrán optar a la nacionalidad española, a los efectos del art. 20 Cc».

Pese a que este párrafo parece dirigirse únicamente a los hijos, hijas, nietos y nietas de exiliados que nacieron después de que sus padres/madres y/o abuelos/abuelas perdieran la nacionalidad española, es posible encontrar una interpretación más acorde con la verdadera voluntad del legislador y el espíritu de la ley, interpretación a la que puede llegarse mediante el análisis conjunto e integrador de la anterior Ley 52/2007 y de la presente.

Así, la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre establecía dos distintos supuestos de opción, y decía:

«1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen.

2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.»

Si la presente ley en su disposición adicional 8.ª tenía por objeto ampliar los supuestos de opción frente a los que se contemplaban en la Ley 52/2007 (recoge ahora la posibilidad de opción de los hijos mayores de edad y de los hijos de mujeres que perdieron la nacionalidad por razón de matrimonio, supuestos no contemplados en la anterior ley), parece lógico entender que el legislador no ha querido excluir del ámbito de aplicación de esta ley a los que se encontraban en la situación descrita en el punto primero de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, sino que ha refundido en un solo párrafo los dos supuestos de la anterior disposición adicional 7.ª de la Ley 52/2007.

Así, este primer párrafo, recogería dos supuestos distintos de opción, el de:

«Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.»

y, además, («y que») el de:

«Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española.»

De modo que, tanto los nacidos fuera de España de padres o abuelos originariamente españoles, como los nacidos fuera de España de padres o abuelos que por el exilio perdieron la nacionalidad española o renunciaron a ella, podrán ejercitar la opción prevista en este párrafo.

2.º Ap. 1.a) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que, igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española «los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978».

Este ap. Viene a reparar la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros que, por aplicación de la legislación española en materia de nacionalidad anterior a la Constitución Española de 1978, no podían transmitir dicha nacionalidad a sus hijos.

Así, la pérdida de la nacionalidad española por matrimonio con extranjero venía establecida en el art. 22 Cc en su redacción originaria, «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido» y en el art. 23.3 Cc en la redacción por Ley de 15 de julio de 1954, al establecerse que perderá la nacionalidad «la española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido», quedando, pues, patente la regla general de transmisión de la nacionalidad española únicamente a través del padre. Solo a partir de la reforma Cc de 1982 – anticipada por su propia eficacia normativa directa por la Constitución de 1978– se comenzó a considerar españoles a los hijos de padre o madre españoles, indistintamente.

3.º Ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que, igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española «Los hijos e hijas mayores de edad a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre».

Este ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, elimina la limitación establecida en la regulación anterior, permitiendo el ejercicio del derecho de opción a la nacionalidad española a los hijos e hijas mayores de edad de aquellos a quienes les fue reconocida la opción a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 52/2007 y también a los hijos e hijas mayores de edad de los que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 20/2022.

III. Reglas de competencia para el ejercicio de la opción.

La declaración de opción a la nacionalidad española, así como el juramento o promesa y, en su caso, la renuncia exigidos, serán formulados ante el Encargado de la Oficina del Registro Civil del domicilio del optante, que procederá a su calificación y, en su caso, a practicar la correspondiente inscripción.

Si el optante ha nacido en el territorio correspondiente a la demarcación de otra Oficina del Registro Civil, se remitirá la solicitud y la documentación presentada a la Oficina del Registro Civil correspondiente al nacimiento.

No obstante, en las Oficinas del Registro Civil en las que sea de aplicación la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se estará a lo dispuesto en la distribución de competencias establecida en la «Instrucción de 16 de septiembre de 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, 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 Registro Civil» (BOE 23.11.2021).

IV. Reglas de procedimiento y documentación que debe aportarse.

1. Solicitud de ejercicio del derecho de opción.

a) La solicitud se realizará mediante los modelos normalizados que se adjuntan como anexos I, II, III y IV de esta Instrucción.

Los interesados podrán obtener las solicitudes incorporadas a los anexos I, II, III y IV por vía telemática en las páginas web del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, así como por vía presencial en las Oficinas de Registro Civil.

b) La solicitud deberá presentarse personalmente en el registro civil del domicilio del interesado, junto con una fotocopia de dicha solicitud, que será sellada en el registro civil y devuelta al interesado para que le sirva de justificación de haber presentado en plazo la solicitud.

c) Si al presentarse la declaración de opción no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la prueba en el plazo de treinta días naturales, contados desde el requerimiento que, a tal fin, se realice al interesado por parte del Encargado de la correspondiente Oficina del Registro Civil, según anexo VII de esta instrucción.

d) Los encargados de la Oficina General o Consular del Registro Civil que reciban dichas solicitudes darán valor de acta al modelo oficial de solicitud-declaración mediante la incorporación de una diligencia de autenticación, conforme al modelo que figura en el anexo V, sin necesidad de que el interesado se encuentre presente.

Esta diligencia podrá realizarse en el período de dos años de vigencia de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, prorrogable por un año más en virtud de Acuerdo de Consejo de Ministros, o, incluso, en un momento posterior al vencimiento del citado plazo y de su eventual prórroga, siempre que la solicitud-declaración en modelo normalizado se hubiere presentado dentro de dicho plazo o prórroga.

e) Si el Encargado del Registro Civil denegara la opción a la nacionalidad española por no cumplir los requisitos que dispone la Ley 20/2022, se le notificará formalmente al interesado, a los efectos de que pueda interponer el correspondiente recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia.

2. Documentación que deben aportar los interesados acompañando a la solicitud.

2.1 Documentación común para los tres apartados de la disposición adicional octava:

a) Documento que acredite la identidad del solicitante.

b) Certificación literal de nacimiento del solicitante, expedida por el Registro Civil local en que conste inscrita.

2.2 Documentación adicional para los supuestos del párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

a) Certificación literal de nacimiento del padre, madre, abuelo o abuela del solicitante, que originariamente hubieran sido españoles.

b) Si la solicitud se formula como nieto/a de abuelo/a originariamente español, se aportará, además, certificación literal de nacimiento del padre o madre –el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles– del solicitante.

c) La documentación que acredite la condición de exiliado del padre, madre, abuelo o abuela a que se refiere el ap. 3 (prueba de la condición de exiliado).

Las certificaciones registrales españolas a que se refiere este apartado podrán solicitarse, a partir de la fecha de entrada en vigor de la disposición adicional octava, mediante el propio modelo normalizado de solicitud de certificación literal de nacimiento (anexo VI) dirigido al Encargado de la Oficina del Registro Civil correspondiente, o por vía telemática a través de la web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es haciendo constar expresamente que la certificación se solicita a los efectos de ejercicio del derecho de opción previsto en la Ley 20/2022.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado podrá aportar la partida de bautismo del archivo parroquial o diocesano, junto con el certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el Registro correspondiente. De igual modo,

podrá promover el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previsto en la legislación registral.

2.3 Documentación adicional para los supuestos del ap. 1.a) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

- a) Certificación literal de nacimiento de la madre española del solicitante.
- b) Certificado literal de matrimonio de la madre con extranjero contraído antes del 29 de diciembre de 1978, expedida por el Registro Civil en que conste inscrito.
- c) Para matrimonios formalizados entre el 5 de agosto de 1954 y el 28 de diciembre de 1978, ambos incluidos, deberá aportarse, además, documentación que acredite la adquisición por la madre de la nacionalidad del marido y documento acreditativo de la legislación extranjera en materia de adquisición de la nacionalidad por matrimonio vigente en la fecha en que éste tuvo lugar. Estos dos documentos no serán necesarios cuando se trate de matrimonios formalizados antes del 5 de agosto de 1954, puesto que les será de aplicación lo dispuesto en el art. 22 Cc en su redacción originaria esto es, «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido».

2.4 Documentación adicional para los supuestos del ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

- a) Certificación literal española de nacimiento del padre o de la madre de los solicitantes mayores de edad que opten a la nacionalidad española, al haberse reconocido a sus progenitores la nacionalidad española de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, cuando la solicitud se presente en un Registro Civil distinto a aquel en el que se encuentra inscrito el nacimiento del padre o de la madre.

3. Prueba de la condición de exiliado.

Los interesados en optar por la nacionalidad española según el párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava podrán acreditar la condición de exiliado de su padre, madre, abuelo o abuela mediante la aportación de alguno de los siguientes documentos:

- a) Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados que prueba directamente y por sí sola el exilio.
- b) Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los Estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.
- c) Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio, bien por haber padecido exilio sus integrantes, o por haber destacado en la defensa y protección de los exiliados españoles, o por trabajar actualmente en la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura.

Los documentos numerados en los apartados b) y c) anteriores constituirán prueba del exilio si se presentan en unión de cualquiera de los siguientes documentos:

- 1. Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
- 2. Certificación del registro de matrícula del Consulado español.

3. Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida, tales como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, entre otras.

4. Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.

5. Documentación de la época del país de acogida en el que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

d) A los efectos del ejercicio del derecho de opción reconocido en el párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022:

Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955. En estos supuestos, deberá acreditarse, la salida del territorio español mediante cualquiera de los documentos enumerados en este punto.

Si la salida de España se produjo entre el 1 de enero de 1956 y el 28 de diciembre de 1978 deberá acreditarse la condición de exiliado.

Finalmente, a salvo de lo dispuesto en los tratados internacionales, las certificaciones registrales extranjeras, presentadas junto con la solicitud-declaración de opción de cualquiera de los supuestos contemplados en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, deberán entregarse debidamente legalizadas y/o apostilladas. De igual modo, deberá aportarse traducción oficial efectuada por órgano o funcionario competente en caso de documentos no redactados en español.

Octava. La presente instrucción entrará en vigor el día siguiente a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

15. MEMORIA ELEVADA AL GOBIERNO DE S. M. PRESENTADA AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO (2022)

[...]

Capítulo III

Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas

4.3 Expulsión sustitutiva del proceso penal (art. 57.7 LOEX)

Según los datos estadísticos con los que se dispone, se han emitido durante 2022 937 informes relativos a expulsiones de ciudadanos extranjeros incurso en causas penales, lo que supone un sustancial incremento respecto del año 2021, toda vez que prácticamente se han duplicado. La normalización de las cifras previas a la pandemia no se ha alcanzado pero la tendencia es claramente de recuperación.

Los/as fiscales hacen referencia una vez más a los problemas de registro informático de estos dictámenes en la aplicación Fortuny, no coincidiendo sus datos con los reales y no permitiendo hacer un seguimiento efectivo de los casos

Se mantiene la línea de aplicación de criterios uniformes y parámetros fijados en las Circulares de la FGE 2/2006 y 5/2011.

Subsisten las discrepancias en relación con la posibilidad de aplicar la expulsión prevista en el art. 57.7 de la LOEX tras la apertura de juicio oral e incluso después de dictarse sentencia condenatoria en los términos expuestos en memorias anteriores.

4.4 Expulsión judicial de ciudadanos extranjeros condenados a penas de más de un año de prisión (art. 89 CP)

De los datos suministrados, se infiere que en 2022, las peticiones de sustitución por expulsión de la pena de prisión superior a un año impuesta a ciudadanos extranjeros continúan aumentando, al haberse registrado 2.904 solicitudes en escritos de calificación, 440 en trámite de sentencia y 560 en ejecutorias, siendo así que en 2022 constaban 2.921 solicitudes. Se mantiene por tanto la tendencia alcista del año pasado tras el levantamiento de las restricciones de movilidad y cierre de fronteras derivadas de la pandemia.

La aplicación de la Disposición Adicional 17.^a de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ha solicitado en 225 casos, 22 supuestos menos que en 2021. Los/as fiscales delegados/as en sus memorias se hacen eco de la reticencia de los juzgados a acordar el ingreso en prisión para garantizar la ejecución de la expulsión, si bien ha aumentado sustancialmente la cifra de supuestos en que se ha solicitado la medida cautelar de internamiento en CIE conforme al art. 89.8 CP, ya que en 2021 se interesó en 61 ocasiones y en 2022 se han registrado 140 peticiones.

En esta materia, y al igual que se ha expuesto en el ap. anterior, muchas/os fiscales muestran su preocupación por la dificultad de recabar datos para controlar el resultado de las peticiones derivado de los déficits de las aplicaciones informáticas, así lo ponen de manifiesto las y los delegados de Murcia, Cádiz, Granada, Palencia, Ciudad Real o Las Palmas de Gran Canaria. En esta línea de observaciones, si bien no tenemos datos a nivel nacional, resulta interesante la reflexión de la fiscal delegada de Orense sobre la discordancia entre la cifra de solicitudes de expulsión sustitutiva formuladas en escritos de calificación, y las que realmente se acuerdan en sentencia. Las/os fiscales apuntan en sus memorias a diversos factores que explican esta divergencia, por ejemplo, que las penas finalmente impuestas resulten inferiores a un año de prisión o sean no privativas de libertad, ya sea con la conformidad del acusado o por decisión del juzgador, que se dicte sentencia absolutoria, o que el juez en la resolución considere que la sustitución resulta desproporcionada. Asimismo, puede darse la circunstancia, muy habitual, de que no existan suficientes elementos para adoptar la decisión de sustituir la pena en el momento de dictar sentencia, y que se difiera a la fase de ejecución.

Respecto a las dificultades para la ejecución material de la expulsión, las memorias territoriales coinciden con carácter general en que tras el cese de las restricciones derivadas de la pandemia la situación se ha ido normalizando.

No obstante las dificultades de documentación de los ciudadanos extranjeros sigue siendo uno de los problemas más relevantes que impiden la materialización de las expulsiones, siendo varias las memorias en las que se hace referencia en particular a la problemática con los nacionales de Argelia (Valencia, Baleares) y Marruecos (Palencia, Soria, Segovia), ya que las autoridades de estos países no colaboran, bien negándose a documentarlos o bien no reconociéndolos como nacionales.

La fiscal delegada de Sevilla comenta el problema que supone el retraso en la ejecución material de las expulsiones, obligando en muchos casos a revisar la decisión de expulsión.

Los fiscales aplican sin especiales problemas la regla de proporcionalidad establecida en el art. 89.4 CP conforme a los criterios de la Circular de la FGE 7/2015, valorando el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, el arraigo real, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Ese criterio de proporcionalidad se aprecia de forma conjunta con la necesidad de aseguramiento del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. El fiscal

delegado de Almería plantea, no obstante, cierta problemática en las condenas por delitos contra la salud pública, en las que los penados extranjeros a través de sus defensas solicitan inmediatamente – si no ha sido solicitado en el juicio oral – la sustitución de la pena por la expulsión, como si esta fuese una «opción» o un «derecho del penado» y no una forma de cumplimiento de la condena, manteniéndose en estos casos un criterio restrictivo y en función del caso concreto. En esta línea se pronuncia la fiscal delegada de Sevilla al exponer que la mayoría de los supuestos de expulsiones sustitutivas por delitos contra la salud pública por introducción en España de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud se plantean en el incidente en ejecución, al haberse omitido todo pronunciamiento en el fallo condenatorio, a instancia del penado o previa comunicación del Centro Penitenciario, y el criterio general es oponerse a una expulsión parcial antes de las 2/3 partes de la pena. En la memoria de Toledo se expone que los únicos supuestos a destacar son los relativos a los condenados por delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud mediante el cultivo de plantaciones de marihuana en espacios cerrados –viviendas o naves– debidamente acondicionados a tal fin. El criterio de la Fiscalía a tal respecto es el de solicitar la sustitución parcial de la pena de prisión con arreglo a las previsiones del art. 89 del C. P.

Los casos de expulsiones de ciudadanos comunitarios o residentes de larga duración son excepcionales. Comenta la fiscal delegada de Baleares que en 2022 se ha procedido a la expulsión sustitutiva de un ciudadano británico condenado por delito contra la salud pública. Si bien en un primer momento se aplicó a los súbditos británicos un régimen transitorio, actualmente su tratamiento se equipara al resto de ciudadanos extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea. En esta línea la delegada de Barcelona aporta que el número de sentencias detectadas acordando la expulsión sustitutiva de ciudadanos comunitarios fue 1 frente a 92 en las que no se acuerda, lo que evidencia la reducida aplicación judicial de la medida en estos supuestos.

4.5 Medida cautelar de internamiento en CIE

Durante el año 2022, las/os fiscales han emitido un total de 2.726 informes sobre internamiento cautelar de extranjeros por el trámite previsto en el art. 61 LOEX, frente a los 1.599 informes del año 2021. De ellos, 2.247 fueron favorables y 477 desfavorables a la adopción de la medida cautelar, apreciándose por tanto un ligero incremento con respecto al año anterior.

En este punto en la fiscalía de Barcelona se han registrado en la sección de extranjería (juzgados de instrucción de Barcelona y secciones territoriales) en 2022 un número de expedientes de internamiento que asciende a 332.

La delegada de Tenerife indica que, a lo largo de 2022, se han producido escasos internamientos y aquellos que se han acordado, se han derivado al CIE de Las Palmas. Añade que, tal y como se viene poniendo de manifiesto en las memorias de años anteriores, se siguen produciendo peticiones generalizadas de asilo, si bien se ha detectado que los nacionales de Marruecos no desean solicitarlo a pesar de ser aconsejados en ese sentido por sus representaciones legales. En ocasiones, las peticiones de asilo se producen ya durante el periodo de detención administrativa por lo que ni siquiera se formula petición de internamiento por la policía. A lo largo desde año como del anterior, no se formularon solicitudes de CIE de ciudadanos comunitarios.

La fiscal de Murcia aprecia una disminución importante en el número de expedientes como consecuencia de un menor número de solicitudes por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y fundamentalmente por el cierre de las instalaciones del CIE de Murcia durante la mayor parte del año 2022, estando en esta situación hasta el día 14 de octubre de 2022 que reabrió sus puertas nuevamente.

[...]

Capítulo III

Ficales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas

[...]

6.3 Actividad del Ministerio Fiscal en materia de Protección Jurídica de los Menores

[...]

6.3.7 Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores y ensayos clínicos

Salvo excepciones territoriales, las secciones de menores intervienen en los procedimientos civiles sobre sustracción internacional de menores, pero no en los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, que competen a la sección civil, conforme a la Circular 6/2015 de la FGE. Este tipo de procedimiento ha sufrido un ligero descenso del 2,56 % respecto del año 2021.

La intervención del Ministerio Fiscal se limita, generalmente, a las investigaciones biomédicas, siendo prácticamente inexistente su intervención con relación a los ensayos clínicos, especialmente tras la reforma operada por el Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre, siguiendo la doctrina dimanante del Dictamen 2/2016 de la Unidad Coordinadora de Menores. Este año ha experimentado un descenso del 65% frente al año anterior.

6.3.8 Problemática relativa a los menores extranjeros no acompañados y su determinación de edad

Por regla general, se ha apreciado un descenso en la llegada a las distintas provincias españolas de menores extranjeros no acompañados, incluso en Ceuta y Melilla. La excepción a esta situación con una notable llegada de menores la constituyen Illes Balears y Las Palmas de Gran Canaria, donde se plantean carencias relevantes en los centros de recepción y de protección, y en la cualificación del personal de los mismos, así como dilaciones administrativas en la documentación de estos menores, problema este último que también resaltan las secciones de Salamanca y Granada. En Lleida se ha observado una mayor llegada de menores procedentes de Gambia.

Las secciones de protección de menores han proseguido con su labor para la determinación de la edad de este colectivo, aunque existen territorios como Cádiz, Girona, Badajoz, Castellón, Ourense y Bizkaia donde esta tarea la asume la sección de extranjería en exclusiva o compartida con la sección de menores, como en Madrid, Algeciras y Salamanca. En todo caso esta actuación siempre se ajusta a las directrices del Protocolo marco de 2014 de la Unidad Coordinadora de Extranjería de la FGE.

Bibliografía

ARENAS GARCÍA, Rafael, *Casos básicos de Derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2023, 269 pp.; ISBN: 9788419773418.

La resolución de casos prácticos es una de las actividades esenciales en el estudio del Derecho internacional privado. En esta obra se recogen 48 casos prácticos de Derecho internacional privado acompañados de sus soluciones. La solución no es una mera guía, sino que está redactada de manera completa; de tal forma que el alumno o la persona interesada encuentra el detalle de las distintas cuestiones que han de ser abordadas en la resolución del caso. Los casos cubren las materias que suelen ser objeto de tratamiento en los programas de Derecho internacional privado de las Facultades de Derecho. Tras dos lecciones introductorias hay 14 casos de competencia judicial internacional divididos en dos lecciones, 9 casos sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, también divididos en dos temas y 16 casos de la parte especial del Derecho internacional privado (obligaciones contractuales, extracontractuales, derechos reales, crisis de pareja, sucesiones y menores). El libro concluye con dos lecciones dedicadas a las excepciones a la aplicación del Derecho reclamado por la norma de conflicto y la cooperación judicial internacional.

BALLESTEROS BARROS, Ángel María, *Ensayo de Derecho internacional privado de sociedades*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 240 pp.; ISBN: 9788411633871.

Un estudio de Derecho comparado que analiza cómo se resuelven los conflictos de leyes y de jurisdicción relativos a las sociedades en los dos modelos normativos de determinación de la *lex societatis* acogidos de una manera u otra en los ordenamientos nacionales: el modelo de constitución (*Incorporation Theory*) y el modelo de sede real (*Sitztheorie*). La investigación permite comprobar cómo las diferencias entre ambos modelos normativos, si bien persisten en el tiempo, no resultan irreconciliables, sino que tienden a converger hacia modelos intermedios. En el presente ensayo se propone un modelo normativo postmoderno de convergencia de Derecho internacional privado de sociedades basado en la conexión del centro principal de intereses de la sociedad (COMI o *Principal place of business*).

CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Barcelona, Bosch, 2023, 264 pp. ISBN: 9788490907351.

El propósito de este libro es una vez que los Reglamentos UE —Reglamento (UE) n.º 650/2012 y los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104— son objeto de aplicación plena y ya pronunciadas las primeras decisiones, tanto en los Estados miembros como en la Unión Europea, examinar las normas que dirigen la designación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas y a las sucesiones. Ofrece al lector una suerte de guía a la hora de transitar por las normas de los Reglamentos, especialmente a la hora de afrontar su estudio y su aplicación en la práctica diaria.

CALZADO LLAMAS, Antonio Jesús, *La sustracción internacional de menores. El Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 384 pp.; ISBN: 9788411634403.

Análisis de las reformas introducidas por el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) en relación con el procedimiento de restitución de menores. La obra

parte de una introducción al fenómeno de la sustracción internacional de menores, poniendo de manifiesto la triste vigencia de este fenómeno en base a datos estadísticos. Continúa con una exposición de la normativa vigente en España, tanto de origen convencional, como europeo y nacional. Seguidamente, se adentra en la interacción entre el Reglamento (UE) 2019/1111, el Convenio de La Haya de 1980 y la normativa española a través del análisis de los ámbitos de aplicación de estas disposiciones (material, territorial, personal y temporal) y de los principales conceptos que constituyen el supuesto de hecho de la sustracción internacional de menores (traslado o retención ilícitos, derecho de custodia y residencia habitual). Finalmente, se ofrece un riguroso estudio de las modificaciones introducidas en el Reglamento 2019/1111, teniendo en cuenta tanto la relación de complementariedad con el Convenio de La Haya de 1980, como la articulación con el procedimiento español de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional, recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza y ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, *La vecindad civil y la aplicación del Derecho foral a los extranjeros*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023, 92 pp.; ISBN: 9788409543977.

Estudio de la problemática, doctrinalmente nada pacífica, sobre la aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros residentes en España, como consecuencia de la designación de la ley española, a través de las normas contenidas en el Reglamento europeo 650/2012. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español es plurilegislativo de base territorial, se plantea la aplicación del Derecho foral a los extranjeros a través de la solución contemplada en el art. 36 del Reglamento sucesorio. Para ello, se estudiará la RDGSJFP de 20 de enero de 2022 donde se plantea la aplicación del Derecho foral sucesorio gallego a un nacional francés residente en Galicia.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Derecho Digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023; 448 pp. ISBN 9788411630719.

Compendio de los aspectos esenciales del régimen jurídico de las tecnologías de la sociedad de la información, la innovación tecnológica y los negocios digitales. Junto a los fundamentos de la regulación de Internet, las redes electrónicas y los servicios y plataformas digitales, la obra aborda otras cuestiones de máxima actualidad. Entre ellas se encuentran la protección de datos personales, los desafíos de la inteligencia artificial, la competencia y las comunicaciones comerciales en los mercados digitales, la protección de la innovación y los activos inmateriales (incluyendo secretos empresariales, patentes, nombres de dominio, marcas, derechos de autor y derechos afines), así como el régimen de las transacciones electrónicas, los servicios de pago y los criptoactivos.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *Cuaderno de trabajo de Derecho Internacional Privado*, A Coruña, Colex, 2023, 212 pp.; ISBN: 9788411941129.

Este cuaderno de trabajo recoge el temario de la asignatura de Derecho internacional privado, que se imparte en la Universidad de Jaén, que consta de quince lecciones. Su enseñanza-aprendizaje se presenta a través de la resolución de un buen número de situaciones y casos tomados de la vida real, así como del comentario de decisiones judiciales tanto de las autoridades españolas como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, principalmente. Todo ello permite que la enseñanza-aprendizaje del Derecho internacional privado consista en un proceso significativo, en el que su principal actor es el propio estudiante, quien, con la orientación del profesor, irá adquiriendo a lo largo del curso una importante especialización en el ámbito de conocimiento del Derecho internacional privado. Este cuaderno constituye un instrumento

fundamental para que tenga lugar el citado proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho internacional privado, al convertirse en el propio material o soporte sobre el que también se realizarán las tareas diseñadas y específicamente pensadas para cada uno de los temas.

Por último, se encuentra conectado con el sitio web www.derechointernacionalprivado.es, que constituye un Portal Docente de Derecho internacional privado, en el que se pone a disposición del estudiante un importante número de recursos complementarios (normativa, jurisprudencia actualizada, mapas conceptuales de la asignatura, etc.).

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 255 pp.; ISBN: 9788413454689.

La obra se estructura en tres ejes temáticos en los que el análisis económico del Derecho juega un papel destacado. En el primero se analizan la supeditación de las competencias de la Unión Europea en materia de armonización del Derecho contractual a la efectiva mejora del funcionamiento del mercado interior, los requisitos que las medidas armonizadoras adoptadas deben cumplir y los parámetros aplicables por el Tribunal de Justicia en el enjuiciamiento de la validez de tales medidas. El segundo eje gira en torno a la incidencia del Derecho contractual en el funcionamiento del mercado interior, dados los mayores costes de transacción que la disparidad normativa implica en la contratación transfronteriza y las limitaciones inherentes al esquema sobre la ley aplicable a los contratos internacionales instaurado en el Reglamento Roma I, de acuerdo con los resultados de las evaluaciones de impacto y estudios realizados por las instituciones comunitarias. Los modelos de conformación del Derecho contractual europeo encaminados a paliar los problemas que la disparidad normativa supone para el funcionamiento del mercado interior articulan el tercer eje temático, en el que se abordan los pros y contras suscitados por los sistemas de armonización mínima/máxima basados en Directivas, se exploran los problemas derivados de la unificación a través de instrumentos opcionales restringidos a la contratación transfronteriza y se analizan críticamente las políticas regulatorias de la Unión Europea en materia contractual puestas en marcha a lo largo de estos últimos años.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coordinadora), *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 280 pp.; ISBN 9788411250559.

La obra recopila las ponencias y comunicaciones presentadas en el Congreso del mismo título, llevado a cabo en la Universidad de Alcalá el 24 de junio de 2022. Los temas abordados se centran principalmente en aspectos específicos de la política europea relacionada con el Pacto Europeo de Asilo e Inmigración. El contenido comienza explorando la crisis humanitaria y el asilo, analizando cómo la política europea responde a las situaciones de emergencia humanitaria y a las solicitudes de asilo. Se examina el debate sobre la actuación de la Unión Europea frente a los refugiados sirios y ucranianos, así como cuestiones como el criterio de país seguro, el colapso del sistema de Dublín y el principio de coherencia ante la interacción de los instrumentos internacionales de sustracción de menores y el sistema de asilo europeo. Paralelamente, se aborda la política europea actual en relación con el control de fronteras, destacando la perspectiva de los derechos humanos y enfocándose en la externalización de la gestión y el papel desempeñado por Frontex. El estudio de las migraciones incluye consideraciones sobre la integración en el país de acogida y la respuesta de los Estados ante los menores no acompañados y la reagrupación familiar. Por último, se exploran los aspectos sociales de las migraciones a través del análisis del impacto en los derechos humanos del Pacto Europeo de Migración y Asilo, los valores europeos, y la mediación interlingüística e intercultural.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Derecho de la Unión Europea y cambio climático*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 678 pp. ISBN: 9788411258159.

Esta documentada monografía de la profesora Ana Fernández Pérez muestra con carácter exhaustivo cómo la inversión internacional y el cambio climático se entrecruzan de varias maneras, como la responsabilidad medioambiental de las empresas multinacionales, el alcance de las cláusulas de protección de las inversiones, el papel de las partes no contendientes, el funcionamiento de las cláusulas de emergencia o necesidad, o el tratamiento que se da en los litigios sobre inversiones extranjeras a alguna cuestión medioambiental concreta. Considera que existe un inmenso potencial de inversión en los mercados del carbono, las fuentes de energía renovables y las tecnologías con bajas emisiones de carbono, sin embargo, también existe la posibilidad de que el Derecho internacional de las inversiones frustre la aplicación de medidas de mitigación del cambio climático.

Abarca el libro una amplia gama de temas. La primera parte está centrada en el sector energético internacional y consta de tres capítulos donde se aborda sucesivamente la internacionalización de los mercados energéticos, el estudio particularizado de los mercados del gas y de la electricidad, caracterizados por la transición energética, y el doble reto del sector energético internacional, determinado por la dialéctica entre la promoción y protección de inversiones y las respuestas del Derecho internacional del medio ambiente caracterizado por el cambio climático. La segunda parte se dedica al estudio de la política energética de la Unión Europea y el régimen de soluciones de controversias y está conformada por cuatro capítulos que comprenden las dimensiones *ad extra* y *ad intra* de la con el Tratado de la Carta de la Energía como telón de fondo, instrumento objeto de profunda crisis acentuada por la guerra de Ucrania y la imposibilidad de diálogo energético entre Rusia y la Unión Europea, contemplan la contradicción entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de protección e inversiones, con una especial consideración de los contenciosos de inversiones suscitados en el interior de la Unión, y concluyen con el examen de los problemas derivados de las postrimerías de un modelo energético de cooperación transnacional.

El libro evidencia como la energía ha estado en el centro de la integración europea desde el principio, cuando en 1951, algunos Estados europeos decidieron aunar sus intereses en dos sectores clave de la economía para crear la CECA, una Comunidad que sustituyera el conflicto por la cooperación y la animosidad por la prosperidad y la energía era uno de estos sectores, pero a medida que el mundo se adentra en la segunda década del siglo XXI, los responsables políticos de todo el planeta siguen enfrentándose con cuestiones relacionadas con la seguridad energética, la asequibilidad de la energía y el previsible aumento de la demanda de todas las fuentes de energía

La autora no esquiva el debate en torno a si el denominado “Derecho de la energía” es una disciplina jurídica con suficiente autonomía y portadora de principios propios, apuntándose en este caso la soberanía de los recursos nacionales, la justicia energética y la lucha contra el cambio climático como elementos clave de este ordenamiento. Y desde una dimensión amplia considera este sector del ordenamiento como el conjunto de normas que tratan del uso de la energía y de las fuentes de energía, o como la plasmación normativa de la política energética en forma jurídica. La jurisprudencia y la doctrina se orientan cada vez más hacia aquellas materias que entran dentro del ámbito normativo del Derecho de la energía, como la producción, la distribución, el transporte, el consumo o el ahorro de energía, y, en segundo lugar, asuntos jurídicos no relacionados en los ámbitos de la protección del medio ambiente, la gestión de la energía o la innovación y la investigación. Y lo anterior le permite insistir a lo largo del libro en las numerosas intersecciones con otras materias jurídicas como el Derecho internacional, el Derecho de la UE, el Derecho constitucional, pero también el Derecho de sociedades, el Derecho de la competencia, el Derecho civil y el Derecho medioambiental, el Derecho de la energía debe considerarse como una materia interdisciplinar y transversal. Unas notas que, si bien aportan algunas ventajas en

términos de ampliación de los perímetros de una disciplina jurídica, a menudo exageran, en su opinión, los efectos del trabajo interdisciplinar con resultados negativos.

Considera la autora que la legislación de la UE en materia de energía se dirige principalmente a reestructurar la base institucional y jurídica de las industrias energéticas nacionales para que pueda surgir gradualmente una verdadera producción energética a escala de la UE, introduciendo al mismo tiempo en el ámbito comunitario y de los Estados miembros una mayor igualdad de condiciones con respecto a la regulación medioambiental y a las iniciativas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Una igualdad que forma parte del paradigma global de privatización y liberalización, cuyo corolario implica el desmantelamiento de los monopolios existentes y de las barreras al comercio transfronterizo, proporcionando la base jurídica para unos mercados competitivos y, por último, empujando a las industrias hacia una competencia real. Es la forma jurídica de una reestructuración industrial proactiva, y no reactiva, de las industrias energéticas de la UE. Apunta al efecto que en la UE el mercado interior de la electricidad implantado gradualmente desde 1999 fomentó decisivamente el comercio transfronterizo, a fin de conseguir mejoras de la eficiencia, precios competitivos, un aumento de la calidad del servicio y de contribuir a la seguridad del suministro y a la sostenibilidad y también pone de relieve el papel desempeñado por el TJUE en la interpretación y aplicación de las disposiciones sobre libre circulación en el sector de la energía que permiten el comercio transfronterizo de energía (libre circulación de mercancías) y las inversiones en energía (libre circulación de capitales). Evidentemente, con el Pacto Verde Europeo presentado en diciembre de 2019, la UE elevó aún más su ambición climática al comprometerse a alcanzar la neutralidad climática para 2050 y a partir de este precedente el 4 marzo de 2020, la Comisión Europea publicó su propuesta de Ley Europea del Clima con un “objetivo de neutralidad climática”, definido como “las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero a escala de la Unión reguladas en la legislación de la Unión deberán equilibrarse a más tardar en 2050”.

El libro apunta con especial clarividencia cómo, a pesar de cubrir sectores comunes, el Derecho de UE y el Derecho de inversiones internacionales incorporan, lógicas diferentes. Este último se basa en un razonamiento centrado en la integración, concretamente, en el objetivo fundamental de lograr un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, mientras que el Derecho de inversiones se rige por una construcción de protección que persigue un doble objetivo la promoción y protección de las inversiones, exigiendo a los Estados que garanticen normas de trato a los inversores extranjeros. Bien entendido que la discrepancia pierde gran parte de su sentido cuando estamos en presencia de inversiones intra-comunitarias

En la actualidad el cauce del arbitraje comercial es una vía cada vez más utilizada para la resolución de los litigios derivados de este sector. En el libro se explicita cómo tras un periodo en el cual la mayoría de los instrumentos inclusivos de dicho cauce se limitaban a hacer una referencia general al proceso y no especificaban una institución concreta ni las normas de procedimiento, la situación actual ha variado sensiblemente. La autora muestra que hoy nos encontramos ante un buen número de procedimientos arbitrales derivados de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Son frecuentes, en efecto, controversias variadas sometidas a arbitraje, como las derivadas de contratos de construcción y financiación de proyectos de energías renovables, de desmantelamiento de centrales eléctricas o de explotaciones de combustibles fósiles y de rehabilitación de edificios relacionados con la energía, o de contratos cuya aplicación está condicionada por normativas reguladoras del cambio climático o por los efectos directos del mismo. Y, junto a ellas se hallan las que ponen en marcha conjuntamente las partes implicadas una vez surgido el conflicto relacionado con el cambio climático.

Ello explica, en opinión de la autora, que dentro de la tendencia del arbitraje internacional a diversificarse para alinearse y buscar oportunidades alternativas, esta materia haya constituido

uno de sus objetivos esenciales. Habida cuenta que el arbitraje es un método muy extendido en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de políticas sobre el cambio climático (energía, construcción, industria, infraestructuras...), las cláusulas de arbitraje se incluyen en muchos contratos redactados en los sectores más directamente implicados por el cambio climático, como el energético, el extractivo y el de la construcción; dichas industrias, que ya están muy reguladas, probablemente verán un nuevo aumento de la normativa destinada a hacer frente al cambio climático.

Entre los perspicaces capítulos que configuran la presente monografía se incluye una amplia consideración de la Carta Europea de la Energía que se estableció en su día como una suerte de código de conducta en el que los signatarios se comprometían a cumplir y hacer cumplir una serie de postulados. La mayoría de los Estados de la CEI y de Europa Central y Oriental mostraron una actitud positiva hacia la Carta de la Energía. Los diplomáticos soviéticos, en particular, subrayaron repetidamente su interés por la Carta, que preveía la negociación de varios acuerdos que transformarían la misma de una mera declaración política en un tratado multilateral que también tendría efectos internos directos para la UE. Se preveía la negociación de un acuerdo básico y de varios acuerdos complementarios específicos, por ejemplo, sobre comercio de combustibles nucleares y sobre eficiencia energética.

Expone la profesora Ana Fernández cómo casi ningún otro tratado internacional en el ámbito del Derecho económico internacional ha suscitado tantas alteraciones políticas y producido tantos argumentos en favor y en contra como el Tratado de la Carta de la Energía (ECT), porque, se quiera o no, políticamente una retirada de este instrumento conlleva complejos problemas jurídicos. Existe una opinión prácticamente unánime que apunta la inadaptación de este instrumento tanto desde la perspectiva de los principios contemplados en la actualidad por el Derecho de las inversiones internacionales, como desde la óptica trazada por los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático.

Desde hace varios años se viene criticando al ECT por impedir que los gobiernos apliquen los cambios legislativos necesarios para transformar los sistemas energéticos mundiales y cumplir así los objetivos de descarbonización establecidos en el Acuerdo de París y el Pacto Verde Europeo. En efecto, al igual que los TBIs, el ECT ha creado derechos especiales para las empresas con actividad internacional que muchos consideran que no son legítimos en los Estados constitucionales democráticos y les dota de valiosos mecanismos para imponer sus intereses individuales frente a la protección del clima, la salud y el medio ambiente.

Si bien durante muchos años el arbitraje inversor-Estado ha sido el método más utilizado para la resolución de controversias sobre inversiones internacionales entre inversores y Estados receptores, en un futuro próximo es verosímil que los inversores extranjeros de los países pertenecientes a la UE tengan que presentar esas demandas contra la UE en lugar de contra el Estado miembro europeo donde se ha realizado físicamente la inversión. Esta evolución se debe a la clasificación que hace el Tratado de Lisboa de las IED como competencia exclusiva de la UE. Tras un largo proceso en el articulado de esta nueva competencia exclusiva de la UE en materia de IED, hay indicios inequívocos de que la UE desempeñará un papel primordial y directo en la resolución de futuras controversias internacionales en materia de inversión.

En el marco descrito, la STJ 6 marzo 2018 en el asunto *Achmea* (C-284/16), supuso un auténtico revulsivo para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el art. 26 ECT en lo referente a las relaciones intra-UE. Antes de *Achmea*, se habían difundido muchos esfuerzos doctrinales en el intento de conciliar el arbitraje de inversiones y el Derecho de la UE a nivel procesal. La autora considera que estos datos deben interpretarse con cautela frente a afirmaciones tales como que los Tribunales de Inversiones deberían ser considerados como “tribunales de un Estado miembro” en el sentido del art. 267 TFUE para permitirles formular cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en relación con el impacto del Derecho de la UE en la interpretación del TBI.

El estudio realizado por la autora demuestra que la salida del tratado está sujeta a dos cláusulas determinantes de un procedimiento de cierta complejidad. Por un lado, el art. 47.2.^º prorroga la validez del tratado durante un año después de la fecha de recepción de la notificación de la retirada y, una vez transcurrido el plazo de un año, el tratado expira automáticamente para las Partes Contratantes y no amplía la protección a nuevas inversiones. Pero existe una segunda cláusula en el ap. 3 del dicho artículo referida únicamente a las inversiones ya realizadas, que prorroga la validez de las disposiciones del ECT a dichas inversiones durante 20 años a partir de la fecha en que surta efecto la retirada. Dicho en otros términos, la retirada del ECT actual es posible de acuerdo con su art. 47.2.^º conforme al cual ésta surtirá efecto como muy pronto un año después de la recepción de la notificación de retirada. Seguirá vigente hasta entonces, el pleno compromiso jurídico con el ECT para la parte contratante respectiva. Sin embargo, las inversiones realizadas en el territorio de la Parte que se retira del ECT antes de que la retirada sea efectiva, o las inversiones realizadas por inversores de la Parte en cuestión en el territorio de otras Partes, están protegidas durante otros 20 años (art. 47.3.^º ECT). Sólo una salida del tratado puede ayudar a garantizar que las políticas climáticas no puedan ser revertidas por los gobiernos en una fecha posterior. Pero la retirada del ECT debe ir acompañada de un acuerdo entre todos los Estados que se retiren para neutralizar la “cláusula de extinción”, que permite a los inversores presentar demandas ISDS relacionadas con inversiones existentes durante otros 20 años después de la retirada.

El libro pone relieve en varias ocasiones que la creación de un tribunal de inversiones permanente es una posibilidad que no sólo puede sustentarse desde una perspectiva teórica. La UE se ha hecho eco de las reclamaciones efectuadas desde distintos sectores sociales vinculadas a la crítica del arbitraje de inversiones por considerar su vinculación a las grandes empresas multinacionales y corporaciones globales. Las críticas de estos sectores descansan, esencialmente, en la existencia de conflictos de intereses de los árbitros, la inconsistencia en la jurisprudencia, y el costo y la duración del arbitraje de inversión y a menudo se afirma que el arbitraje internacional de inversiones está marcado por una puerta giratoria donde los individuos actúan secuencialmente e incluso simultáneamente como árbitro, asesor jurídico, perito o secretario del tribunal. Por eso se ha ido desarrollando la idea de crear un tribunal multilateral de inversiones (TMI) compuesto por un tribunal de primera instancia y un órgano de apelación, llamado a resolver las reclamaciones presentadas en virtud de los tratados de inversión que los Estados miembros hayan decidido asignar a su autoridad.

Las conclusiones de este estudio son especialmente consistentes tienen una serie de implicaciones importantes al apuntar que la retirada puede acrecentar la presión sobre los gobiernos extra- comunitarios para que adopten las mismas medidas y podría suponer la búsqueda de nuevos miembros en regiones más vulnerables a las demandas por inversiones. Es probable que la retirada de la UE ponga final proceso de modernización del ECT impulsado por la Comisión ya que la mayoría de los países no pertenecientes a la UE están esperando la posición final de la UE antes de discutir su propia retirada. Si esta retirada se produjera se abriría el debate sobre la terminación del Tratado y podría incluso desencadenar un movimiento más amplio para abandonar otros tratados ISDS. Sin embargo, si el ECT continuase vigente los Estados que lo abandonen podrían acordar entre ellos no aplicar una cláusula de extinción que permitiera demandar a los países hasta 20 años después de su retirada, lo que reduciría la amenaza de acciones legales posteriores a la salida.

Contribuyen los resultados de esta monografía a nuestra comprensión de que una retirada total del ETC puede ser una solución menos respetuosa con el medio ambiente que la adopción del ECT modernizado, aunque la cláusula de extinción del ETC siga siendo válida y vinculante. El ETC modernizado inserta disposiciones diseñadas para mitigar el impacto medioambiental, incluida la exclusión voluntaria para la protección de las inversiones en combustibles fósiles y una excepción para los litigios intracomunitarios. Apunta la autora una ironía al considerar que la retirada del ETC provocaría que las inversiones en combustibles fósiles permanecieran

protegidas durante un periodo más largo en virtud de la cláusula de extinción del ECT, en comparación con el ECT modernizado. No obstante, una retirada coordinada y un acuerdo inter se parece la solución más adecuada para reducir los riesgos posteriores a la retirada. Un acuerdo inter se para modificar el tratado entre los Estados que se retiran tiene mutatis mutandis una base sólida en el art. 41 CVDT que no socavaría el objeto y la finalidad del ETC, ya que dejaría en vigor los derechos de los Estados que no participen en el proceso y los derechos de los inversores y reduciría significativamente el alcance de la cláusula de extinción del ECT.

Puede afirmarse sin ambages que el libro de Ana Fernández Pérez es una obra fundamental que evidencia la madurez tanto de conocimiento como de instinto de su autora y el correcto empleo de la metodología científica como cauce para obtener conclusiones certeras. Aparte de constituir una fuente de documentación exhaustiva sobre el problema general de la dialéctica entre los mecanismos de protección de inversiones y las intervenciones procedentes de los órdenes interno, internacional y, preferentemente, de la UE incluye reflexiones muy meditadas y valiosas, apoyadas por una bibliografía. Aunque la lectura del libro es fluida, el texto está plagado referencias documentales y jurisprudenciales que más tarde se sistematizan en los amplios índices que se insertan al final de la obra. A lo largo del texto se incluyen comentarios, críticas y propuestas reflexivas tanto de carácter general como referidas a cuestiones concretas. Nos encontramos, pues, con una herramienta y un recurso esenciales para cualquiera que se adentre al complejo entramado del Tratado sobre la Carta de la Energía en particular y con el arbitraje de inversiones en general. Y cabe agregar que la lectura de la presente monografía es estimulante para todos los operadores jurídicos de una forma u otra en los mecanismos de resolución de controversias en el sector de la energía, que recomiendo encarecidamente. Se trata de un “estudio”, cubierto de argumentos convincentes, en un área muy importante, amplia y compleja, que incluye una excelente bibliografía y una completa documentación sobre todos los temas tratados.

Enrique LINARES RODRÍGUEZ *

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana(coordinadora), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización. III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 249 pp; ISBN: 9788411636117.

Recopilación de algunas de las ponencias y comunicaciones presentadas durante el III Foro Europeo de Derecho Internacional Privado. Las contribuciones reflejan diversas áreas de investigación actual en este campo. Desde la aplicación del *Nudging* en la elección de partes para determinar la jurisdicción o ley aplicable, hasta los aspectos más destacados en temas de consumo, pasando por la necesidad de explorar el papel que puede desempeñar el Derecho Internacional Privado en el desarrollo sostenible.

Sin duda, las cuestiones relacionadas con la inteligencia artificial y los activos digitales como garantía jurídica constituyen solo un pequeño ejemplo de las nuevas direcciones de investigación. No podemos pasar por alto aspectos fundamentales relacionados con la familia y la vecindad civil. Este compendio ofrece una visión amplia y actualizada de las distintas líneas de investigación que están dando forma al panorama del Derecho Internacional Privado

FERNÁNDEZ-TRESGURRES GARCÍA, Ana, *Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 sobre el patrimonio de la parejas internacionales y su aplicación en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 200 pp.; ISBN: 9788411477918.

* Profesor asociado. Universidad Villanueva.

Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 suponen un hito en la disciplina de los aspectos de Derecho internacional privado de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas en la UE. Ambos instrumentos, aprobados mediante el procedimiento legislativo especial previsto en el art. 81.3º TFUE, forman parte destacada del Derecho de familia europeo. Los aspectos que se abordan en los mismos son los tradicionales de los instrumentos de la cooperación judicial en materia civil: competencia judicial, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, libre circulación de documentos públicos y ejecución de transacciones. De todo ello se ocupa, con la exhaustividad, la profundidad y la practicidad que acostumbra, la autora (sin duda, una de las especialistas de referencia en la materia a nivel europeo).

FONT I SEGURA, A., FONTANELLAS MORELL, J.M., GARDEÑES SANTIAGO, M. y GARRIGA SUAÚ, G. (coords.), *Lliçons de Dret Internacional Privat*, Barcelona, Atelier 2023, 500 pp. ISBN: 978-84-19773-49-4.

Este manual, fruto del trabajo conjunto de profesores y profesoras que están o han estado vinculados a las principales universidades catalanas (Universidad de Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, Universidad de Lleida, Universidad de Girona, Universidad Rovira Virgili y Universidad Abat Oliba CEU), proporciona los fundamentos esenciales del Derecho internacional privado mediante unas lecciones que abarcan todos los sectores de la materia –competencia judicial internacional, cooperación internacional de autoridades, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y determinación del derecho aplicable– y que cubren tanto la parte general como parte especial de la disciplina. La exposición despliega una presentación concisa, pero a la vez completa, de cada una de las lecciones, apoyándose asimismo en casos prácticos y en la jurisprudencia más actualizada (julio 2023). Esto hace de este manual una herramienta útil tanto para los estudiantes de grado o máster, como para los profesionales del derecho que tengan que resolver supuestos tanto de Derecho internacional privado como de Derecho interregional.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina y AÑO VEROS TERRADAS, Beatriz, *Introducción al Derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2023, 320 pp. ISBN: 9788419773531.

El libro se concibió durante la pandemia. En la soledad de una Facultad de Derecho reducida en aquel momento a un ordenador portátil y una conexión doméstica de Internet, el reto era sacar adelante el curso y que quienes quisieran aprender lo pudieran hacer. De ahí que se optara por elaborar unos apuntes que fueron concebidos con fines exclusivamente docentes y que son el germen de esta obra titulada *Introducción al Derecho internacional privado*. Forman parte de la misma doce lecciones con sus correspondientes prácticas y ejercicios tipo test. La obra aspira a introducir al alumno de cuarto del grado en Derecho en el complejo pero apasionante mundo del Derecho internacional privado.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANC LARES, José y GONZÁLEZ HERRERA, Daniel, *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y Europea de los flujos migratorios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 380 pp.; ISBN: 9788411696074

La gestión de los flujos migratorios constituye uno de los retos fundamentales a los que se enfrenta en la actualidad la comunidad internacional y plantea, desde la perspectiva jurídica, numerosas cuestiones, plagadas de dudas, tensiones e incertidumbres.

Esta obra, que recoge los resultados científicos del X Encuentro Luso-Español de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales que se celebró los días 3, 4 y 5 de noviembre de 2022 en la Universidad de Salamanca, aborda esta importante cuestión desde tres

perspectivas diferentes, a saber, la perspectiva general del Derecho Internacional, la regional de la Unión Europea y la nacional, en este caso, las de Portugal y España.

La obra está dirigida a quienes estén interesados en conocer, de la mano de expertos españoles y portugueses de primera línea, los retos jurídicos que plantea en la actualidad la gestión de los flujos migratorios en ámbitos tan diversos como la guerra en Ucrania, la inmigración por motivos climáticos, los menores no acompañados, la integración de la población inmigrante, los rescates en el mar, el Pacto Europeo de la inmigración y el asilo, los acuerdos con Estados terceros para la readmisión o el papel del *soft law* en la regulación de estos acuerdos.

Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 712 pp., ISBN: 9788411690584.

Con la presente obra se rinde homenaje, con ocasión de su jubilación, a la Profesora Doctora Mercedes Moya Escudero, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. En reconocimiento a sus más de 45 años de dedicación plena y entusiasta a la docencia y a la investigación en los campos del Derecho internacional privado y del Derecho de extranjería y de la nacionalidad (sectores estos últimos cuya inclusión como parte del contenido del primero siempre defendió), un nutrido número de compañeros tanto de la Universidad de Granada como de otras Universidades españolas, incluso de disciplinas jurídicas ajenas al Derecho internacional privado, que han mantenido con la Dra. Moya una estrecha relación tanto profesional como personal, han querido participar en esta obra colectiva abordando en sus respectivas contribuciones cuestiones jurídicas varias, vinculadas con las materias a las que la profesora homenajeada prestara especial atención a lo largo de su vida académica. Los trabajos recogidos en esta obra, referidos unos a materias encuadrables en el Derecho internacional privado de la persona, la familia y las sucesiones, y otros a cuestiones pertenecientes al campo de la extranjería y de la nacionalidad, giran todos en torno a la idea de la movilidad internacional de las personas, piedra angular de la actividad docente e investigadora de la Profesora Moya, coincidiendo además todos ellos en plantear temas de incuestionable actualidad y relevancia.

ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, *Los reglamentos europeos en Derecho de Familia. Crisis matrimoniales internacionales, compensación económica por separación o divorcio, uniones de hecho y Derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 300 pp.; ISBN: 9788411620796.

En una sociedad globalizada como la europea, es más frecuente que existan parejas de hecho mixtas, cuyos miembros tienen nacionalidades diferentes donde el carácter internacional no solo puede estar determinado por la nacionalidad de los componentes de la pareja o por la posesión de bienes en diferentes Estados miembros de la UE, sino también por su residencia en un país diferente al de la nacionalidad, o por la disolución de la pareja o fallecimiento de alguno de ellos en países distintos a los de origen. Pues bien, la aparición de este tipo de uniones o parejas de hecho, con elemento extranjero, lleva aparejada la producción de una serie de efectos jurídicos para los integrantes de la misma. Se trata de efectos personales y patrimoniales, que tienen como finalidad organizar el desarrollo de la vida en común de los convivientes y demás miembros de la familia. Estas parejas internacionales son muy comunes porque todos los ordenamientos admiten que se constituyan parejas con ciudadanos extranjeros o domiciliados en otro Estado y porque no puede excluirse que la pareja traslade su domicilio fuera del Estado en que se creó, más aún en el contexto de libre circulación de personas existente en la UE. En estos casos, para poder determinar los efectos patrimoniales de la unión será preciso aplicar soluciones de Derecho internacional privado. Esta rama del Derecho servirá para determinar los Tribunales competentes para conocer de un posible litigio sobre la cuestión, qué Ley regirá la misma y qué posibilidades de reconocimiento en otros Estados tendrá la decisión dictada. El carácter

permanente de la inmigración en España plantea, cada vez con más frecuencia, desafíos jurídicos no solo en el ámbito del Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería, sino, cada vez con más frecuencia, en el del Derecho internacional privado: divorcios de extranjeros, guarda y custodia de menores, reclamaciones internacionales de alimentos, secuestro internacional de menores, etc. Así, las cosas, Los reglamentos europeos en Derecho de familia: crisis matrimoniales internacionales, compensación económica por separación o divorcio y uniones de hecho y Derecho internacional privado se presenta como un análisis práctico sobre la normativa de Derecho internacional privado de la UE en materia de Derecho de familia; abordando y dando solución, en particular, a las cuestiones prácticas sobre crisis matrimoniales internacionales, compensación económica por separación o divorcio y uniones de hecho y Derecho internacional privado, situaciones a las que se enfrentan cotidianamente los abogados y asesores jurídicos que trabajan con extranjeros.

ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, *Transferencias internacionales de datos de carácter personal y el nuevo marco de privacidad de datos UE-EE.UU.*, A Coruña, Colex, 2023, 266 pp. ; ISBN: 9788411940726.

El nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. introduce nuevas garantías vinculantes al objeto de dar respuesta a cada uno de los motivos de inquietud puestos de manifiesto por el TJUE, en su día, en las Sentencias *Schrems I* y *Schrems II*. Entre estas garantías se encuentran la limitación del acceso por parte de los servicios de inteligencia estadounidenses a los datos de la UE y el establecimiento de un Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos, al que los ciudadanos de la UE tendrán acceso. Se espera que con la aprobación de este nuevo Marco de Privacidad de Datos se pueda no sólo «cerrar», definitivamente, la falta de garantías señalada por el TJUE y que provocó la invalidez de los dos marcos de privacidad anteriores (*Safe Harbor* y *Privacy Shield*) sino, sobre todo, establecer un nuevo marco seguro y duradero, mediante el que se puedan realizar las transferencias de datos personales necesarias UE-EE.UU.

Este trabajo se centra, tras abordar lo que podríamos denominar «cuestiones generales en materia de transferencias internacionales de datos de carácter personal», en el estudio de los diferentes esfuerzos llevados a cabo a nivel jurídico para establecer un marco regulatorio satisfactorio para las transferencias internacionales de datos de carácter personal UE-EE.UU., haciendo especial hincapié en el nuevo Marco transatlántico de Privacidad de Datos, recientemente aprobado.

ORTEGA GIMENEZ, Alfonso, *Reclamación judicial de deudas internacionales dentro de la Unión Europea*, A Coruña, Colex, 2023, 200 pp.; ISBN: 978-84-1194-191-4;

En los últimos años el panorama económico internacional se ha vuelto muy complejo. La globalización ha ido conectando cada vez más a las economías de los principales países del mundo generando un gran crecimiento en lo referente a las relaciones comerciales internacionales. La interconexión entre países unido a la facilidad con que se mueven los productos y los capitales hacen casi imposible que un país pueda aislarse de las corrientes internacionales y actuar sin tener en cuenta lo que pasa en el resto del mundo.

La morosidad en los créditos comerciales en España alcanza el 44 %, y el 42 % en las operaciones de exportación. La morosidad en España afecta al 90 % de las empresas en doméstico y al 84 % en los mercados exteriores, las principales razones para ello son las mismas que en Europa Occidental: insuficiencia de fondos 53 %, financiación alternativa 28 % y la complejidad del procedimiento de pago 21 %. La morosidad obliga al 30 % de las empresas españolas a posponer sus propios pagos a proveedores y provoca pérdida de ingresos al 17 %. El porcentaje de impago en España es de 1,5 % que sigue siendo uno de los más altos en Europa Occidental. Bajo este panorama de incertidumbre a la que se enfrentan las empresas dentro y

fuera de la Unión Europea, es necesario, para ellas, contar con instrumentos efectivos que faciliten el cobro de los créditos impagados para que no les afecte en el buen funcionamiento de su actividad.

Muchas empresas europeas, hoy día, sufren la presión de tener que aceptar condiciones de pago con plazos mayores de lo que les gustaría. Las consecuencias de no recibir los pagos a tiempo pueden ser graves para las empresas, pueden verse abocadas a soportar problemas de liquidez, pérdida de ingresos, impedir su crecimiento e incluso ver amenazada su supervivencia. Bajo este panorama de incertidumbre a la que se enfrentan las empresas dentro (y fuera) de la Unión Europea (UE), es necesario, para ellas, contar con instrumentos jurídicos efectivos que faciliten el cobro de los créditos impagados para que no les afecte en el buen funcionamiento de su actividad. Así las cosas, con el fin de satisfacer estas necesidades la UE ha desarrollado dos instrumentos en la vía judicial que facilitan el cobro de los créditos impagados dentro de la Unión Europea que son los siguientes: el procedimiento europeo de escasa cuantía y el procedimiento monitorio europeo.

Reclamación judicial de deudas internacionales dentro de la Unión Europea es una herramienta práctica y pedagógica, que permita enseñarle a las empresas las características, el objeto y el fin de ambos procedimientos, tomando en consideración los formularios que se requieren para poder iniciar en la práctica, de una forma sencilla y ágil, cualquiera de ambos procedimientos.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (director) y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys, *Teletrabajo y Derecho internacional privado. Problemas y soluciones*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 299 pp.; ISBN: 9788411240420.

La obra persigue arrojar luz sobre algunas de las cuestiones jurídicas que se observan por las circunstancias excepcionales actuales (en particular, el teletrabajo y mecanismos adecuados para legitimar transferencias internacionales de datos entre miembros de un mismo grupo empresarial, la protección social del teletrabajo transnacional comunitario, los problemas probatorios derivados del uso de aplicaciones de control y monitorización en el teletrabajo transfronterizo, el teletrabajo en México: sus implicaciones en el mundo del trabajo, la necesidad de una regulación jurídico laboral sobre teletrabajo en la UE, figura del nómada digital desde la normativa de extranjería española, las dificultades que suscita la determinación de la jurisdicción competente, la creación de un sistema paralelo de extranjería a partir de la regulación de la figura del teletrabajador extranjero en España, las políticas efectivas para la regulación del teletrabajo desde el estado mexicano, el teletrabajo y el sector público y el ciberacoso y el teletrabajo). Puesto que el marco normativo es generalista y, además, es imposible que se ofrezcan respuestas concretas a la multitud de casos particulares que se plantean, a la velocidad que se producen los cambios y la evolución de las nuevas tecnologías que permita crear un acervo de conocimientos que recoja los retos a los que se enfrentan los operadores jurídicos y ofrecer soluciones prácticas a los operadores de distintos ámbitos en esta materia

PACHECO DOS SANTOS, Karine, *La resolución por incumplimiento según la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Barcelona, J.M. Bosch, 2023, 512 pp; J.M. Bosch, ISBN: 9788410044166.

La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías es una de las expresiones más logradas de la unificación del Derecho privado, que ha servido de base tanto para la elaboración de otras normas de derecho uniforme del comercio internacional como para el desarrollo de los proyectos de modernización del Derecho civil y mercantil español y de otros países. Una regulación uniforme como la presentada en la Convención contribuye a reducir el coste de negociación de los contratos y a aumentar la seguridad jurídica en las transacciones

internacionales. Pese a su indudable importancia como remedio para proteger el interés de quienes contratan, la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa en la Convención no ha sido estudiada en profundidad por la doctrina española. Este libro contribuye a avanzar en la interpretación de su régimen jurídico, de manera metodológicamente rigurosa y consistente con la caracterización de la Convención como norma uniforme del comercio internacional. Se analiza detenidamente la complejidad de la resolución por incumplimiento en la Convención como remedio, con el estudio de sus presupuestos, especialmente del carácter del incumplimiento, y de sus efectos, considerando la posición de quienes contratan. Se ha prestado particular atención a su relación con la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa mercantil en el ordenamiento jurídico español, así como a su aplicación por diferentes tribunales y cortes arbitrales, con una amplia revisión de la jurisprudencia en diversos países. El libro ofrece de este modo criterios atendibles para orientar la práctica profesional en la aplicación del régimen jurídico estudiado, y permitirá al lector interesado profundizar en su conocimiento. Karine Pacheco dos Santos (Curitiba, Brasil, 1977). Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra, Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad. Licenciada en Traducción e Interpretación, intérprete jurado de inglés. Es abogada en ejercicio desde el 2006. Su actividad profesional se ha centrado fundamentalmente en el ámbito de la contratación mercantil internacional y del derecho comparado europeo y latinoamericano, asesorando a diversas entidades multinacionales en su práctica contractual. En 2020 defendió en la Universitat Pompeu Fabra la tesis doctoral sobre la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías en la Convención de Viena, obteniendo la máxima calificación. Con las correspondientes adaptaciones, el resultado de esta investigación se publica ahora como libro.

PIGRAU SOLÉ, Antoni, *Litigación en materia de empresas y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 297 pp.; ISBN: 978-84-1169-449-0.

En un contexto de rápido desarrollo normativo nacional e internacional en torno a la obligación de diligencia debida de las empresas en relación con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, la presente obra tiene como objetivo principal el estudio de litigios que son referentes en ese ámbito. A partir de su análisis se profundiza en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia, la responsabilidad civil y penal de las empresas, la responsabilidad de la empresa matriz, el levantamiento del velo corporativo, la relación entre diligencia debida y responsabilidad, el cambio climático y su relación con los derechos humanos y los mecanismos no judiciales de reparación, entre otros temas de actualidad. El estudio ha sido realizado por investigadoras e investigadores iberoamericanos con una amplia trayectoria en el ámbito de empresas y derechos humanos. La obra contiene un capítulo introductorio sobre la litigación en empresas y derechos humanos y catorce capítulos relacionados con un caso específico. En cada capítulo se exploran los antecedentes del caso, los aspectos sustantivos y procesales, los obstáculos que enfrentan las y los litigantes, las aportaciones del caso al ámbito de empresas y derechos humanos y los desafíos y áreas de oportunidad para seguir avanzando en la rendición de cuentas de las empresas y en la reparación efectiva a las personas afectadas.

ROMERO MATUTE, Yeray, *El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito internacional. Análisis desde una perspectiva amateur y profesional*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 320 pp.; ISBN: 9788411636018

El sector del «Derecho deportivo» es una rama jurídica que todavía se encuentra en vías de desarrollo. Los problemas jurídicos son una constante exponencial puesto que se producen con más frecuencia y, además, como consecuencia de la internacionalidad de las situaciones privadas deportivas, éstas suelen presentar una mayor complejidad jurídica. Se puede afirmar que, para

comprender el futuro del «Derecho deportivo» es imprescindible conocer el punto de partida del mismo y, por esta razón, el tema principal de la investigación se centra en el estudio del régimen jurídico deportivo. A este respecto, en la primera parte de la disertación se realizará un breve recorrido por la evolución histórica del deporte y se llevará a cabo una síntesis del ordenamiento deportivo; ello, con el propósito de comprender y averiguar la naturaleza, el funcionamiento, la estructura y la normativa de las diferentes organizaciones e instituciones deportivas. Ahora bien, en la segunda parte de esta monografía, serán analizadas las cuestiones relativas al concepto del deportista profesional, se cuestionará la existencia o no de una supuesta «Lex sportiva» y serán extractadas, de manera práctica, las cuestiones sobre las distintas prestaciones deportivas existentes.

SIERRA NOGUERO, Eliseo, *La compensación económica de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 211 pp.; ISBN: 978-84-1169-192-5.

La obra que aquí se comenta está dedicada al estudio del régimen de la compensación económica de pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada. En particular, el autor focaliza su estudio en el análisis del art. 7 del Reglamento (CE) 261/2004. Se presenta como una monografía eminentemente práctica, lo que hace especialmente amena y didáctica su lectura.

La publicación de este libro es tan oportuna como calurosa la bienvenida que debe dispensarse, dada la ausencia en la doctrina española de un estudio general sobre la cuestión. Su contenido se estructura en seis partes bien diferenciadas, precedidas de una Presentación, en la que el autor evidencia el papel que ha desplegado y despliega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración y aplicación de este derecho.

En la primera parte, analiza el origen, contenido y las características generales del Reglamento (CE) 261/2004, así como la relación que este instrumento normativo mantiene con otro texto, como así sucede con el Convenio de Montreal, el Convenio de Varsovia y la Ley de Navegación Aérea (pp. 19-28). En la segunda parte, el autor evidencia la complejidad que existe para concretar el ámbito de aplicación espacial de dicho Reglamento, lo que depende no solo del lugar donde esté situado el aeropuerto desde donde parte el vuelo, sino también de la nacionalidad del transportista aéreo, y con una salvedad: cuando los pasajeros ya disfruten de beneficios o compensación y de asistencia con arreglo a la legislación de ese tercer país (pp. 31-38). Continúa con el análisis de los sujetos que ostentan la titularidad del derecho de compensación, así como los transportistas obligados a su pago (pp. 45-60). Particular interés tiene las páginas en las que el autor se hace eco del surgimiento en el ámbito europeo de empresas especializadas en la reclamación de las compensaciones económicas previstas en el art. 7 del Reglamento (CE) 261/2004. Gracias al conocimiento del sector, de la normativa aplicable y de la jurisprudencia, tales empresas pueden determinar con facilidad las perspectivas de éxito de la reclamación y su importe. Su prestación contractual puede ser variada. Puede consistir en reclamar en nombre del pasajero, sin cesión del crédito, o bien se puede pactar con el titular del derecho, es decir, con el pasajero la cesión del mismo (cesión de derechos inter vivos). Obviamente, dicha reclamación puede dirigirse contra el operador de la aeronave, aunque el pasajero no haya contratado con este, o bien al transportista contractual o al organizador de viajes combinados que incluye un transporte aéreo, pese a no ser el operador de la nave. En la cuarta parte de la obra, el autor presta atención a la lista tasada de las incidencias, así como las causas de exoneración que no generan el derecho de compensación, y que el Reglamento contempla (pp. 61-91). A continuación, en la quinta parte lleva a cabo un análisis pormenorizado de la cuantía y forma de compensación, así como la compatibilidad que existe con otras compensaciones suplementarias (pp. 92-103).

Finalmente, en la última parte del libro analiza las diferentes modalidades que existen para reclamar la compensación económica en caso de impago, es decir, tanto en la vía extrajudicial

(pp. 104–111) como en la judicial (pp. 112–132). Se trata, sin duda alguna, de las páginas de mayor interés para un iusprivatista. Es sabido que las vías de las que disponen los pasajeros para reclamar frente al transportista sus derechos, no son siempre las mismas, puesto que dependen de factores tales como la incidencia que haya sufrido el pasajero, el instrumento por el que se reconozca el derecho ante tal incidencia o el país en el que se pretenda efectuar la reclamación. Además, hay que tener presente que la utilización de algunas de ellas presenta carácter facultativo, quedando a discreción del pasajero el recurso a las mismas. En concreto, el autor evidencia que la reclamación extrajudicial ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea no es requisito de procedibilidad para la acción judicial y, además, que el pasajero tiene derecho a acudir a cualquier sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea. Finaliza el análisis de la vía extrajudicial con el estudio de la Orden TMA/201/222, de 14 de marzo, que tiene por objeto regular el procedimiento de resolución alternativa de los litigios que planteen los pasajeros ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea sobre la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo. Analiza cómo se ha diseñado el procedimiento a seguir en dicha disposición normativa para reclamar sus derechos, aunque echamos en falta un análisis más detallado de su ámbito de aplicación, así como de su conformidad con los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad que imponen tanto el Derecho europeo como la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Pero también es cierto que el autor mantiene una línea coherente de autocontención, prescindiendo asimismo de enjundiosas reflexiones sobre el particular y optando en todo momento por la dimensión práctica que preside la obra.

En relación con la vía judicial, el autor se centra en el análisis de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de las demandas en las que se solicita una compensación económica ex art. 7 del Reglamento (CE) 261/2004 y, en particular, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el foro de competencia especial por razón de la materia previsto en el art. 7.1º del 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 (Reglamento Bruselas “I bis”). Sin embargo, olvida que los tribunales españoles pueden basar su competencia tanto en el foro del domicilio del demandado (art. 4 Reglamento Bruselas “I bis”), como en el foro de la sumisión expresa (art. 25 Reglamento Bruselas “I bis”) y la tácita de las partes (art. 26 Reglamento Bruselas “I bis”). Hubiese sido necesario un estudio esclarecedor de las relaciones existentes entre este Reglamento y el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007. Además, hay que tener presente que la reclamación de dicho derecho puede dirigirse contra un transportista con el que el pasajero no tiene un vínculo contractual, por lo que hubiera sido necesario abordar también los criterios de aplicación e interpretación del art. 7. 2º del Reglamento Bruselas “I bis”. Las últimas páginas de esta parte constituyen un complemento necesario, al abordar ciertas materias ligadas al desarrollo del proceso, como así sucede con la capacidad procesal y para ser parte en un proceso judicial, así como también su legitimación activa y pasiva. Adviértase, no obstante, que en los supuestos heterogéneos tales cuestiones requieren, en ocasiones, de la aplicación de un derecho extranjero.

La obra se cierra con ocho anexos en los que incluye varios formularios, la legislación y la jurisprudencia citadas, así como de la bibliografía manejada en la redacción de la obra.

Para terminar solo nos queda decir que nos hallamos ante un trabajo necesario, de gran utilidad y de calidad. Necesario en la medida en que se echaba en falta una obra que explicara con rigor y profundidad el derecho de compensación contemplado en el art. 7 del Reglamento (CE) 261/2004. Útil, porque sirve de guía para saber qué reclamar ante determinadas incidencias en

las que el vuelo no se desarrolla con arreglo a lo contratado, cuándo y a quién. Y de calidad, por el rigor, el esmero y la seriedad con que ha sido acometido por el autor.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

SUCIU GAVRILOAIE, Dorina C., *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 350 pp.; ISBN: 9788411635172.

La política global europea en materia de inversiones, en su vertiente exterior, comprende los instrumentos jurídicos convencionales de la UE que tienen como propósito establecer un marco jurídico de atracción, promoción y protección de las inversiones extranjeras. En la presente monografía, la aplicación de un método de estudio cualitativo a los textos del CETA celebrado con Canadá, los API UE-Singapur y UE-Vietnam y la versión modernizada del ALC UE-México, descubre un incipiente marco jurídico de las inversiones extranjeras que se ve mediatizado por los conflictos consustanciales a los sistemas jurídicos de los que se nutre. En términos sustantivos, la propuesta normativa de la UE encarna el equilibrio entre los intereses públicos y privados, de modo que proporciona un elevado grado de protección a los inversores extranjeros, al tiempo que se prevé la salvaguardia de la autonomía regulatoria de las partes para regular en aras del interés público. En lo que concierne a la dimensión procesal, la concepción de un sistema de tribunales de inversiones cuasi-jurisdiccional con mayor legitimidad refleja las prioridades de la sociedad internacional contemporánea. La monografía, además, analiza los desafíos de compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la UE que ponen de manifiesto que los acuerdos de comercio e inversión de la UE se encuadran en un marco jurídico extraordinariamente complejo y plantean serias dificultades –algunas resueltas y otras lejos de encontrar solución– en términos de su incardinación en las estructuras jurídicas internacionales preexistentes.

TORRECILLAS LÓPEZ, Segismundo, *Contratos mercantiles. Contratación internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 284 pp., ISBN: 9788411634601

A nadie escapa el auge de la contratación internacional en nuestros tiempos, en el contexto de una Economía cada vez más globalizada y necesitada de medios técnico-jurídicos que allanen y faciliten las transacciones económicas internacionales de los distintos operadores en la contratación internacional. Tanto los particulares –autonomía de la voluntad–, como las instituciones, tanto a nivel nacional e internacional –sobre todo en el marco de la UE–, conscientes de la intranquilidad y necesidad de dar sosiego estructural a los empresarios cuando se adentran en esta aventura de negocios internacionales, deben de aunar esfuerzos y establecer una normativa que no ofrezca dudas en cuanto a los problemas habituales que surgen en el comercio exterior. En esta obra, pretendemos aliviar esa preocupación y ofrecemos, de forma comparativa, tanto a nivel nacional e internacional, la regulación de los principales contratos de la contratación internacional (compraventa internacional de mercaderías, contrato de transporte en sus distintas facetas – con estudio profundo de los INCOTERMS en su versión última de 2020, es decir, terrestre de mercancías y viajeros, marítimo, aéreo, multimodal, agencia comercial internacional, *joint venture*, distribución comercial, franquicia, etc. También, se estudian los distintos modelos de representar la mercancía y probar los distintos contratos de compraventa y transporte tanto a nivel nacional como internacional: de carta de porte tanto nacional como internacional de mercancías en transporte terrestre y aéreo, conocimiento de embarque en transporte marítimo o *Bill of lading*, carta de porte en el transporte aéreo, carta de porte CIM en el transporte ferroviario, etc..

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Navarra.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
diciembre de
2023

