

# Permanencia del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil: Tratamiento de los problemas generales de aplicación

## Permanence of Chapter IV of the Preliminary Title of the Spanish Civil Code: The conflict rule and its problems of implementation

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Vocal Permanente en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 26.12.2024 / Aceptado: 14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9362

**Resumen:** El presente estudio constituye un análisis ponderado de la importancia de la reforma del Título Preliminar del Código civil en lo que se refiere a las normas de aplicación contenidas en el art. 12 de dicho Código. Se abordan todas las soluciones ofrecidas por dicho precepto y su aplicación por la jurisprudencia española durante los últimos cincuenta años. Del mismo modo, también se analiza el progreso que dichas soluciones significó para el Derecho internacional privado español y lo que queda de las mismas en un mundo, el del siglo XXI, que se parece muy poco al mundo de 1974.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, Título Preliminar del Código civil, normas de aplicación, orden público, reenvío, calificación, sistemas plurilegislativos, fraude de ley internacional, parte general del Derecho internacional privado.

**Abstract:** This work is a balanced analysis of the importance of the reform of the Preliminary Title of the Civil Code with regard to the ancillary rules contained in art. 12 of that Code. All solutions offered by the aforementioned legal rule and their application by Spanish courts during the last fifty years are addressed. Likewise, the progress that those solutions meant for Spanish private international law is also analyzed and what remains of them in a world, that of the 21st century, which bears very little resemblance to the world of 1974.

**Keywords:** Private international law, Preliminary Title of the Civil Code, application rules, public policy, renvoi, characterisation, States with more than one legal system, evasion of the law, general rules of private international law.

**Sumario:** I. Introducción. Las cuestiones generales generadas por la aplicación de la norma de conflicto. 1. Problemas vs. cuestiones generales en la aplicación de la norma de conflicto y la “parte general” del Derecho internacional privado. A) Predominio del método conflictual en el De-

recho internacional privado español y en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. B) Las normas de aplicación o funcionamiento en el sector de los conflictos de leyes. 2. Las normas de aplicación en el Derecho internacional privado europeo. 3. Las normas de aplicación en el Derecho internacional privado español. II. Las cuestiones generales de la norma de conflicto en el Derecho internacional privado español antes del nuevo título preliminar del Código civil redactado por el Decreto 1836/1974 de 31 mayo 1974. 1. El Derecho internacional privado como precipitado histórico. 2. El Derecho internacional privado español y los problemas de aplicación en la redacción originaria del Código Civil de 1889. III. La aparición del artículo 12 del Código civil: la mini-codificación de las cuestiones generales de la norma de conflicto. 1. Rasgos básicos del artículo 12 del Código civil. 2. Modificaciones legislativas del artículo 12 del Código civil. IV. La pervivencia y la supervivencia del art. 12 del Código Civil. 1. La crisis de la parte general tradicional del Derecho internacional privado y la crisis del art. 12 CC. 2. Las soluciones concretas del artículo 12 del Código civil en el siglo XXI. A) La calificación (art. 12.1 CC). a) La solución ofrecida por el art. 12.1 CC. b) La calificación en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España. c) La calificación en el Derecho internacional privado europeo. d) Ámbito operativo actual del art. 12.1 CC. (i) Primacía de los convenios internacionales y del Derecho europeo sobre el art. 12.1 CC. (ii) Las instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español. B) Reenvío (art. 12.2 CC). a) Concepto y antecedentes legislativos y jurisprudenciales en Derecho español. b) La solución ofrecida por el art. 12.2 CC. c) La correcta interpretación del art. 12.2 CC por el Tribunal Supremo. (i) La condición básica del reenvío. (ii) Los índices positivos de reenvío. d) El reenvío en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España. e) El reenvío en el Derecho internacional privado europeo. f) Ámbito operativo actual del art. 12.2 CC. C) Orden público internacional (art. 12.3 CC). a) La solución ofrecida por el art. 12.3 CC. b) Principios que integran el orden público internacional español. c) Caracteres de los principios de orden público internacional español. d) Naturaleza restrictiva del orden público internacional. (i) Orden público internacional parcial. (ii) Orden público internacional atenuado. (iii) Orden público internacional de proximidad. e) Efectos del orden público internacional. f) El orden público internacional en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España. g) El orden público internacional en el Derecho internacional privado europeo. h) Ámbito operativo actual del art. 12.3 CC. D) Fraude de Ley internacional (art. 12.4 CC). a) La solución ofrecida por el art. 12.4 CC. b) Distinción entre fraude de ley internacional y Forum Shopping y art. 12.4 CC. c) El fraude de ley en el Derecho internacional privado europeo. d) Aplicación del art. 12.4 CC por la jurisprudencia. e) El fraude de Ley en Derecho interregional español. f) Ámbito operativo actual del art. 12.4 CC. E) Remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos ad extra (art. 12.5 CC). a) La solución ofrecida por el art. 12.5 CC. b) Jurisprudencia española y art. 12.5 CC. c) La cuestión de la laguna legal del art. 12.5 CC: Estados que no disponen de un sistema único de Derecho interregional. d) La remisión a sistemas plurilegislativos en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España. e) La remisión a sistemas plurilegislativos en el Derecho internacional privado europeo. f) Ámbito operativo actual del art. 12.5 CC. F) La imperatividad de la norma de conflicto española (art. 12.6 CC). a) Los términos de la cuestión. b) Argumentos a favor de la imperatividad de las normas de conflicto. c) Jurisprudencia española y carácter imperativo de la norma de conflicto. d) Consecuencias de la imperatividad de la norma de conflicto. e) Rechazo de la tesis de la equivalencia entre Ley española y Ley extranjera. f) Imperatividad de la norma de conflicto en el Derecho internacional privado europeo. g) El Derecho internacional privado facultativo y el art. 12.6 CC. h) Ámbito operativo actual del art. 12.6 CC. 3. Los problemas de aplicación no abordados por el artículo 12 CC. A) Aplicación del Derecho extranjero (antiguo y hoy ya derogado art. 12.6.II CC). a) Antecedentes históricos e impacto del art. 12.6.II CC. b) La triple regulación actual de la cuestión. B) Remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos ad intra (art. 12.5 CC). a) La cuestión problemática y la laguna legal. b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo. c) Ley española aplicable a la sucesión de causantes extranjeros en virtud del Reglamento sucesorio europeo. C) Conflicto móvil. a) El conflicto móvil. Concepto y soluciones parciales en Derecho internacional privado español. b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo. D) Cuestión previa. a) La cuestión previa. El problema. b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo. E) Sucesión temporal de la norma de conflicto. a) Descripción y términos del problema. b) La laguna legal del art. 12 CC y disposiciones específicas. F) Adaptación. Laguna del art. 12 CC y posibles soluciones. V. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil y las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil en la tercera década del siglo XXI. 1. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración. 2. Las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración.

## I. Introducción. Las cuestiones generales generadas por la aplicación de la norma de conflicto

### 1. Problemas vs. cuestiones generales en la aplicación de la norma de conflicto y la “parte general” del Derecho internacional privado

#### A) Predominio del método conflictual en el Derecho internacional privado español y en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil

1. El título de esta contribución deja traslucir que la norma de conflicto es un tipo de norma muy peculiar y así es<sup>1</sup>. Esta peculiaridad, es sabido, deriva de dos factores: la estructura particularmente complicada de la norma de conflicto y la potencial aplicación de normas jurídicas extranjeras, hecho que puede producirse tras la aplicación de una norma de conflicto<sup>2</sup>. Ambos factores están presentes en este tipo de norma ya desde la contribución de F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol.VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849 (*Sistema del Derecho romano actual*, traducción española de la versión francesa, por J. Mesía y M. Poley, vol.VI, Madrid, 1879), como enfatiza con toda exactitud el sugerente trabajo de P. ROMANO<sup>3</sup>.

2. En el Derecho internacional privado español, y en particular en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil español, se observa que el legislador utiliza de modo extraordinariamente mayoritario, para determinar el régimen jurídico de las situaciones privadas internacionales, la norma

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa), de APEDIP (asociación de profesores y expertos de Derecho internacional privado) ([www.apedip.org](http://www.apedip.org)) y del Grupo Accursio de investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado ([www.accursio.com](http://www.accursio.com) / [www.facebook.com/accursioDIP](http://www.facebook.com/accursioDIP)), dirigido por: Javier Carrascosa.

<sup>2</sup> La doctrina, innumerable, es unánime al respecto. *Vid. inter alia*, entre las más recientes contribuciones, T. AZZI / O. BOSKOVIC (DIR.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 2015; D. BODEN, “Erga-: Contribution sémantique et lexicale á une étude unifiée des relations entre ordres juridiques”, *Revue critique de droit international privé*, 2021, n.1, pp. 5-42; J. BOMHOFF, “Rationalising Mid-Century Choice of Law: Legal Technique and its Limits in the ‘Dark Science’ of Conflicts”, *Modern Law Review*, 2024, pp. 1-33 (disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2230.12879>); J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS, “Private International Law as the Final Frontier for Feminist Scholarship?”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 61-84; C. HORNUNG, *Internationales Privatrecht zwischen Wertneutralität und Politik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto”, *REDI*, 2015, pp. 83-109; L.E. GILLIES, “Vulnerability and Private International Law: Mapping a Normative Approach Towards Asymmetrical Substantive Equality”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 35-60; K. TAKESHITA, “Freedom and Party Autonomy in Private International Law: Party Autonomy as an Empowerment of Private Persons”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 139-147; V. GRIFO, “Postmigrantisches Internationales Privatrecht: Identitätsjurisprudenz im Internationalen Familienrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 29-46; D. MOYA, *L’ autorité des règles de conflit de lois: réflexion sur l’ incidence des considérations substantielles*, Paris, IRJS éditions, 2020; H. MUIR-WATT, “Reclaiming the ‘Dismal Swamp’: a Most Dangerous Method in the Conflict of Laws”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1-28; J. UNGERER, “‘Nudging’ en el Derecho internacional privado: el diseño de los puntos de conexión a la luz de la economía conductual”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 15-50; J. UNGERER, “Nudging in Private International Law”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 85, 2022, n.1, pp. 1-31.

<sup>3</sup> G.P. ROMANO, “Le droit international privé á l’épreuve de la théorie kantienne de la justice”, *Journal de droit international Clunet*, 2012, pp. 59-92.

de conflicto de leyes”. De hecho, no hay rastro de las normas de extensión y las normas materiales especiales en las normas de Derecho internacional privado del citado capítulo. La única, sola, aislada excepción es el art. 8 CC, una norma que extiende la aplicación del Derecho público español a ciertos supuestos internacionales. Este precepto, sin embargo, se ocupa de la aplicación del Derecho público a las situaciones con elementos extranjeros, aspecto, en realidad, ajeno al Derecho internacional privado.

El método conflictual constituye “el método central del Derecho internacional privado” en todo el mundo, remarca S. CLAVEL, y así lo es también en Derecho internacional privado español<sup>4</sup>. En dicho ordenamiento, las normas materiales especiales y las normas de extensión son muy escasas. Todos los sistemas de Derecho internacional privado de todos los países del mundo están contruidos sobre normas de conflicto “multilaterales” y así es también en España.

3. El predominio de las normas de conflicto se muestra ya en la misma Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 mayo indica que “*las normas [de conflicto españolas] aparecen configuradas no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cuál es el Derecho, propio o extranjero, aplicable*”<sup>5</sup>. La voluntad general del legislador es que el sistema español de Derecho internacional privado se construya sobre normas de conflicto multilaterales.

4. El art. 12.2 CC indica que la remisión a un Derecho extranjero se entenderá hecha a su Derecho material, y no a sus normas de conflicto, sean bilaterales o unilaterales. El art. 12.2 CC arranca del principio general de que las normas de conflicto españolas pueden remitir la regulación del fondo de una situación privada internacional a una Ley material extranjera o a la Ley material española. Con ello, el legislador subraya que, con carácter general, no tienen cabida en nuestro Derecho internacional privado ni la tesis del “unilateralismo introverso” ni la tesis del “unilateralismo extroverso”, como escriben S. ARMELLINI/B. BAREL<sup>6</sup>.

5. Las razones que justifican la abrumadora mayoría de las normas de conflicto en el Derecho internacional privado español son ampliamente conocidas y gozan de un sólido respaldo jurídico, como ha destacado con solvencia A.-L. CALVO CARAVACA<sup>7</sup>. En primer lugar, las normas de conflicto multilaterales permiten construir un “sistema completo de Derecho internacional privado”, sin lagunas de reglamentación, apunta P.G. VALLINDAS<sup>8</sup>. Se genera, así, un sistema sencillo de Derecho internacional privado que no requiere consultar normas de conflicto “extranjeras”. En segundo término, el método multilateral empleado por las normas de conflicto asegura un alto grado de seguridad jurídica a través de soluciones previsibles para los particulares, permite alcanzar soluciones universalizables y no discriminatorias, -pues todos los Estados pueden adoptar la misma norma de conflicto-, trata todos los ordenamientos jurídicos en un mismo plano de igualdad, -sus posibilidades de aplicación son idénticas-, y persigue, en todo caso, designar, del modo más justo para los particulares, la Ley que debe regular la situación privada internacional<sup>9</sup>. En tercer lugar, puntualiza P. FRANZINA, la idea de intercambiabilidad de los sis-

<sup>4</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5ª ed., Hypercours Dalloz, Paris, 2018, pp. 10-14.

<sup>5</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 1974. Link = <http://www.boe.es/boe/dias/1974/07/09/pdfs/A14269-14275.pdf>.

<sup>6</sup> S. ARMELLINI/B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 43-47.

<sup>7</sup> Imprescindible, el trabajo de A.-L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 1335-1374, así como el debido a J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Art.12.6 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 147-150, y los redactados por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar, Ed.Civitas, Madrid*, 1995, pp. 1428-1431; Id., “Derecho internacional privado”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar, Ed.Civitas, Madrid*, 1995, pp. 2311-2316.

<sup>8</sup> P.G. VALLINDAS, «Les principes de la bilateralité et de la possibilité d’internationnalisation des règles du Droit international privé», *RHDI*, 1949, pp. 1-21.

<sup>9</sup> La doctrina más clásica de Derecho internacional privado lo puso de relieve ya hace muchos años. *Vid. inter alia*, Ph. FRANCESCAKIS, “Conflicts de lois (Principes Généraux)”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Francescakis)*, vol.I, pp. 481486; P. GRAULICH, “La signification actuelle de la regle de conflit”, *Annales de droit de Liege*,

temas jurídicos y de igualdad entre las leyes de todos los Estados potencia el comercio internacional y favorece las relaciones entre actores económicos de todo el mundo porque refleja la idea de un escenario legal igual para todos, sin favoritismos ni privilegios<sup>10</sup>. Por tanto, esa „comunidad de Estados iguales“ impulsa las relaciones recíprocas transfronterizas entre los particulares.

## B) Las normas de aplicación o funcionamiento en el sector de los conflictos de leyes

6. Confirmada la supremacía axiológica, técnica y cuantitativa de las normas de conflicto en el Derecho internacional privado español, debe recordarse que tales normas se limitan a determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. En tal sentido, las normas de conflicto son las “normas reguladoras” de las situaciones privadas internacionales, las “normas estructurales” del Derecho internacional privado. Ahora bien, la norma de conflicto de leyes es una norma cuyos elementos y funcionamiento son muy peculiares. Esta norma plantea unas “cuestiones” o “problemas” generales en su aplicación. Se denominan “generales” porque tales cuestiones o problemas se presentan en relación con toda norma de conflicto, sea cual sea la materia regulada. Ello es consecuencia de la estructura compleja de la norma de conflicto y de la posible aplicación de normas jurídicas extranjeras, fenómeno peculiar, sustantivo y procesal, al que puede conducir, precisamente, la norma de conflicto.

La importancia de una correcta y adecuada solución de estos problemas o cuestiones generales de la norma de conflicto es tan elevada que ha sido y es muy frecuente emplear la expresión “parte general” de los conflictos de leyes al conjunto de tales cuestiones: la calificación, el reenvío, el orden público internacional, el fraude de Ley internacional, la remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos, la aplicación del Derecho extranjero, el conflicto móvil, la cuestión previa, y el conflicto internacional transitorio constituyen dicha “parte general” de los conflictos de leyes e incluso, se ha dicho, la “parte general del Derecho internacional privado”. Estos avatares propios de la aplicación práctica de la norma de conflicto son los muy conocidos como “problemas de aplicación de la norma de conflicto”, en terminología empleada por G. KEGEL<sup>11</sup>.

7. Tanto el Derecho internacional privado español como el Derecho internacional privado europeo contienen una batería de normas o disposiciones legales auxiliares destinadas a resolver tales dificultades o “problemas de aplicación”. Estas normas auxiliares se denominan como “normas de aplicación”, “normas de funcionamiento” o “disposiciones secundarias de conflicto de Leyes”, como indica J-M. JACQUET<sup>12</sup>. Constituyen todas ellas un entramado de herramientas hermenéuticas y exegéticas que se

---

1988, pp. 9-20; J.M. JACQUET, “La fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2001, vol. 292, pp. 151-248; G. KEGEL, “The Conflict-of-Laws Machine - Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR”, *IPRax*, 1996, 5, pp. 309-315; P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977-II, t.156, pp. 1-424; P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1986-I, t.196, pp. 9-238; H. LEWALD, “Regles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1939, vol.69 pp. 1147; Y. LOUSSOUARN, “L'évolution de la règle de conflit de lois”, *TCFDIP*, 1988 (Problèmes actuels de méthode en Droit international privé), pp. 79-104; P. LOUISLUCAS, “Conflits de méthodes en matière de conflits de lois”, *Journal de droit international Clunet*, 1956, pp. 774-823; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973; F. RIGAUD, “La méthode du conflit de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie”, *Revue critique de droit international privé*, 1985, pp. 1-46; P.G. VALLINDAS, “La structure de la règle de conflit”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1960, vol.101, pp. 333379; E. VITTA, “Las reglas de conflicto”, *Juridica (Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana)*, 1983, núm.15, pp. 479512; P. VOLKEN, “Von Analogien und ihren Grenzen im internationalen Privatrecht der Schweiz”, en *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 335-348.

<sup>10</sup> P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2023, pp. 153-155.

<sup>11</sup> G. KEGEL, “Der Gegenstand des internationalen Privatrechts”, en *Festschrift Leo Raape*, Hamburg, 1948, pp. 13-33. Con más aparato conceptual y argumentativo en G. KEGEL, “The Crisis of Conflict of Laws”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1964, vol.112, pp. 89268.

<sup>12</sup> J-M. JACQUET, “La fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2001, vol. 292, pp. 147-248.

conoce, tradicionalmente, con el nombre de la “parte general” del Derecho internacional privado en el sector del Derecho aplicable o “conflictos de leyes” o de “cuestiones generales” de la norma de conflicto. Ha sido durante décadas, la verdadera “parte general del Derecho internacional privado”.

8. Estas llamadas “normas de funcionamiento” están y operan al servicio de las normas de conflicto. Las normas de conflicto precisan la concreta Ley aplicable a una situación privada internacional. Las normas de funcionamiento son normas ancilares, instrumentales, adyacentes, normas que ayudan, precisan y facilitan la aplicación de las normas de conflicto y su labor reguladora de las situaciones privadas internacionales. Ello comporta varias consecuencias que se aprecian en el momento de la aplicación en un supuesto específico de estas normas de funcionamiento, bien destacadas por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>13</sup>.

En primer lugar, las normas de funcionamiento generales deben modularse, adaptarse y concretarse en atención al sector material regulado: contratos, derechos reales, matrimonio, capacidad, etc. Ello exige un *plus* de actividad creativa y argumentativa en el operador jurídico, y particularmente, en los tribunales. La mayor parte de las normas de funcionamiento presentan un carácter muy general, ya que suelen estar diseñadas sin prestar atención al sector regulado, como se observa en el art. 12 CC. Ahora bien, existen otras normas de funcionamiento “especializadas” que han sido diseñadas específicamente para un sector material y para coadyuvar a la aplicación de unas específicas normas de conflicto, como puede comprobarse en el art. 23 LAI (orden público internacional específico para casos de adopción internacional) o en las normas de funcionamiento recogidas en convenios internacionales o instrumentos legales de la UE que regulan sectores materiales concretos.

En segundo término, las normas de funcionamiento no pueden, en ningún caso, “traicionar” el objetivo regulador perseguido por las normas de conflicto. Deben, por el contrario, ayudar a las normas de conflicto a alcanzar más adecuadamente sus objetivos de regulación y a perfeccionar y facilitar su aplicación en el caso concreto.

9. Por otra parte, las llamadas “normas modales” (*modal choice of law rules*) son diferentes de las anteriormente aludidas “normas de aplicación o funcionamiento”. Las “normas modales” especifican el régimen jurídico de los elementos que componen la norma de conflicto, el modo en que debe operar la norma de conflicto. Así, por ejemplo, las normas que exigen que un pacto de elección de ley entre los cónyuges debe constar por escrito (art. 5 RR-III) o requieren que el pacto de elección de ley aplicable al contrato sea un pacto “expreso” (art. 10.5 CC). Estas “normas modales”, explica M. HOOK, pueden contener una regulación sustantiva, conflictual o judicial de los elementos de la norma de conflicto<sup>14</sup>.

10. Es preciso distinguir entre las normas de funcionamiento recogidas en el Derecho internacional privado de la UE, por un lado, y en el Derecho internacional privado español por otra parte.

## 2. Normas de funcionamiento en Derecho internacional privado europeo

11. El legislador europeo no cree en la “parte general” del Derecho internacional privado. Ha perdido la fe en la misma, si es que alguna vez la tuvo. No existe una normativa europea que recoja unas normas de funcionamiento únicas aplicables a las normas de conflicto del Derecho de la Unión Europea. Ello no es un capricho, sino que responde a esta idea clave según la cual estos problemas de funcionamiento de la norma de conflicto son diferentes según el sector del que se trate: sucesiones, contratos, divorcios, régimen económico del matrimonio, etc. Por ello, el legislador europeo asume que carece de sentido elaborar una normativa general, esto es, una parte general válida para todos los sectores del

<sup>13</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial (cinco cuestiones clásicas)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 317-327.

<sup>14</sup> M. HOOK, “The concept of modal choice of law rules”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 185-211. La idea aparece desarrollada en el sector del a ley aplicable al divorcio en M. HOOK, “A first principles approach to couples’ property in the conflict of laws”, *Journal of Private international law*, 2019, n.2, vol. 15, pp. 257-287.

Derecho internacional privado (europeo) y que resuelva estos avatares y problemas que surgen en el proceso de aplicación de la norma de conflicto.

El escenario jurídico positivo en Derecho de la Unión Europea confirma que cada reglamento europeo que contiene normas de conflicto dispone de sus propias normas de funcionamiento que regulan aspectos tales como el reenvío, la remisión a sistemas plurilegislativos o el orden público internacional en el ámbito exclusivo de dicho reglamento y adaptados a la materia en cuestión.

12. Algunos autores han defendido la elaboración de un hipotético “Reglamento Cero” que debería contener la regulación de los problemas de aplicación que generan todas las normas de conflicto europeas, como se observa en las sugerencias de política jurídica bien planteadas por K. SIEHR, S. LEIBLE / H. UNBERATH y C.A. HEINZE/C.J. WARMUTH<sup>15</sup>. La propuesta presenta ciertas ventajas: dotaría de una mayor coherencia sistemática al Derecho internacional privado de la UE, -pues la armonía entre los tres sectores del Derecho internacional privado quedaría garantizada-, potenciaría la certeza legal y la seguridad jurídica para los particulares, -ya que, en efecto, las normas de Derecho internacional privado europeo serían fácilmente identificables-, reduciría la complejidad legal y haría del Derecho internacional privado europeo un conjunto de normas más próximo a los ciudadanos europeos, como ha destacado TH. KADNER GRAZIANO<sup>16</sup>.

13. Sin embargo, esta propuesta tropieza también con ciertos obstáculos valorativos, con algunos inconvenientes de política jurídica y con dificultades técnicas de envergadura, bien evidenciados por J. BASEDOW<sup>17</sup>. En realidad, en efecto, no todas las normas de conflicto europeas presentan los mismos fundamentos valorativos y éstos son decisivos para resolver estos “problemas de aplicación de la norma de conflicto”. Por ello, una única normativa sobre los mismos podría resultar poco adecuada. Se trata de una propuesta propia de la Modernidad poco apropiada para tiempos líquidos y postmodernos en los que la motorización legislativa hace envejecer rápidamente toda parte general del Derecho internacional privado. En la actualidad, este “Reglamento Cero” de la UE todavía no existe. Por el contrario, como antes se ha subrayado, cada texto legal de Derecho internacional privado europeo dispone de su propio *set* particular de “normas de funcionamiento”, específicamente adaptado a la materia que regula y a las normas de conflicto que contiene cada reglamento europeo.

### 3. Las normas de aplicación en el Derecho internacional privado español

14. De modo diametralmente opuesto al legislador europeo, es fácil apreciar que el legislador español todavía cree en la “parte general” del Derecho internacional privado. Su profesión de fe en esta “parte general” vio la luz, precisamente, en 1974, hace cincuenta años, cuando el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil introduce el texto, entero de nuevo cuño, del art. 12 CC<sup>18</sup>. El Derecho internacional privado español

<sup>15</sup> K. SIEHR, “European Private International Law and Non-European Countries”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium*, Essays in Honor of F.K. Juenger, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 289-300; S. LEIBLE / H. UNBERATH (HRSG.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2013; C.A. HEINZE/C.J. WARMUTH, “The law applicable to third-party effects of assignment and the conflict rules for insolvency according to EU law”, *Uniform Law Review*, 24, 4, 2019, pp. 664-684.

<sup>16</sup> TH. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *RSDIDE*, núm. 3, 2006, pp. 279-293.

<sup>17</sup> J. BASEDOW, «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2012, vol. 360, pp. 9-516.

<sup>18</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 1974. Link = <http://www.boe.es/boe/dias/1974/07/09/pdfs/A14269-14275.pdf>. En torno a la reforma del Título Preliminar del Código civil español por Decreto 1836/1974, los trabajos más señeros en relación con el Derecho internacional privado son, sin duda: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho internacional privado español en el cincuentenario de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974”, *Diario La Ley*, nº 10520, 2024; AA.VV., Anuario de la Escuela Judicial, vol.XI, 1974, (“Las normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil”); AA.VV., *Co-*

sí dispone, pues, de un conjunto de “normas de aplicación” o “normas de funcionamiento” válidas para todas las normas de conflicto españolas de producción interna y para toda materia regulada. Dichas normas se contienen, fundamentalmente, en los seis párrafos del art. 12 CC. Se trata de normas generales, diseñadas con un carácter básico y genérico, sin atender ni a las circunstancias concretas de los casos ni al sector concreto de la materia regulada. Ello exige, aún más, una labor de modulación en su aplicación concreta por parte del operador jurídico, que debe adaptar estas normas de funcionamiento a la materia objeto de regulación. Existen también algunas normas especiales de funcionamiento en la Ley 54/2007 de adopción internacional (LAI) y en la Ley 19/1985 cambiaria y del cheque, que se aplican, en dichos ámbitos, con preferencia sobre las normas recogidas en el art. 12 CC<sup>19</sup>. Son soluciones específicas para sectores concretos. Su impacto es reducido, como es lógico, pues se ocupan de casos muy determinados y no constituyen reglas generales. Por tanto, puede afirmarse, como conclusión, que el art. 12 CC es el “precepto madre” en cuyos seis párrafos se encuentran encapsuladas las normas de funcionamiento del sistema español de Derecho internacional privado.

## II. Las cuestiones generales de la norma de conflicto en el Derecho internacional privado español antes del nuevo título preliminar del Código civil redactado por el Decreto 1836/1974 de 31 mayo 1974

### 1. El Derecho internacional privado como precipitado histórico

15. El Derecho internacional privado es un sector del Derecho privado que constituye una creación propia y genuina de la cultura europea occidental.

Antes de que la Unión Europea viera la luz y antes de que existiera el Derecho europeo, antes de la elaboración de la Constitución Española de 1978, antes de que existiera el Código civil español

---

*mentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, vol.I, Edersa, Jaén, 1978; AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995; AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, dirigidos por M.ALBALADEJO, vol.I, Madrid, tecnos, 1977; AA.VV. (ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO), *El Título Preliminar del Código civil*, 2 volúmenes, Madrid, Edersa, 1977; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *ASDI*, 1976, vol.LXXXII, pp. 935; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, “La réforme du titre préliminaire du Code Civil espagnol”, *RIDC*, 1974, pp. 835844; Id., “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1137-1151; J.A. CREMADES SANZPASTOR, “Droit international privé”, *J.Classeeur droit comparée, Législation comparée*, Espagne, fasc.I, 1974, pp. 257-296; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 5170; P.A. FERRER SANCHÍS, “La revisión del Título Preliminar del Código civil español, en especial, del sistema de Derecho internacional privado”, *Jurídica*, 1973, núm.5, pp. 221-245; L. GARCÍA ARIAS (COORD.), *El Derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889*, Zaragoza, El Noticiero, 1968, pp. IXX-VIII; P. GONZÁLEZ BOTELLA, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm.55, octubre 1974; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista española de Derecho administrativo*, 1974, pp. 359391; Id., “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de Estudios políticos*, 1974, núm.198, pp. 89112; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *Revue critique de droit international privé*, 1976, pp. 397423; A. MARÍN LÓPEZ, “El Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núm.98, 1974, pp. 419433; A. MIAJA DE LA MUELA, “Riflessioni sull’elaborazione di un nuovo sistema spagnolo de diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *DI*, vol.XVII, 1963, pp. 307340 (en español en *Libro homenaje al Dr.Serrano Serrano*, vol.II, Valladolid, 1965, pp. 607642); E. RUIZ VADILLO, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *RGD*, núm.29, 1973, pp. 506512 y 618644; E. SERRANO ALONSO, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, Anexo al *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núm.8, 1974; B. VON HOFMANN y A. ORTÍZ-ARCE, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1975, pp. 647491 y *REDI*, 1977, vol.LXXX, pp. 5789; A. ORTÍZ-ARCE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Serv.Public.Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1988, pp. 273304 y 317334; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 11371157; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *RGLJ*, 1974, vol.LXIX, pp. 401435; R. VIÑAS FARRÉ, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell’Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 1019.

<sup>19</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007). *Vid.* también Ley 19/1985 de 16 julio cambiaria y del cheque (arts. 98-105 y 162-167) (BOE núm. 172, de 19 de julio de 1985).



de 1889, antes de todo ello, ya existía el Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado existe desde que los Estados soberanos tienen sus propias leyes y desde que los seres humanos se relacionan entre sí más allá de las fronteras de los Estados. Y debe subrayarse que mientras existan relaciones humanas transfronterizas y mientras existan Estados con sus propios y diferentes ordenamientos jurídicos, existirá el Derecho internacional privado.

Nace el Derecho internacional privado en el norte de Italia a principios del siglo XIII. Es obra y se presenta como un sobresaliente producto intelectual de brillantes y elegantes juristas y canonistas transalpinos. Su objetivo es, y siempre fue, ofrecer soluciones eficientes para incentivar el comercio internacional y la libre circulación de personas y factores productivos sin que la división del mundo en Estados soberanos suponga un impedimento para ello. El Derecho internacional privado alcanza un éxito sin igual cuando el capitalismo comienza a tomar forma en la vieja Europa en la Baja Edad Media, cuando agoniza el sistema feudal, que surgió debido a la necesidad de seguir una economía de subsistencia basada en la autarquía.

La plataforma histórica del Derecho internacional privado es, de este modo, bajo-medieval y europea. La base dogmática de este sector del Derecho se halla en el Derecho Romano. En efecto, cuando los juristas y canonistas italianos del siglo XIII tuvieron que forjar soluciones de Derecho internacional privado se encontraron con que el Derecho Romano, la *ratio scripta* de este tiempo, no contenía normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*. Ahora bien, en el Derecho Romano hallaron el equipaje dogmático, el arsenal técnico necesario para crear dichas soluciones. Los glosadores y los comentaristas italianos, -como los grandes e inmarcesibles BARTHOLO DE SASSOFERRATO y BALDO DE UBALDIS-, utilizaron toda una extensa serie de principios generales y de fórmulas legales extraídas del Derecho Romano y que permitían brindar resultados eficientes, efectivos y eficaces para promover el comercio internacional y la libre circulación de personas y factores productivos. Adagios y brocardos tales como *accessorium sequitur principale*, *locus executionis*, *locus celebrationis contractus*, *locus rei*, *lex patriae*, *locus actum*, *bona fides*, fueron empleados para extraer de ellos las primeras normas de conflicto de leyes. Al compás, el respeto y veneración, por parte de todos los Derechos estatales y de todos los juristas de la época, de todos los países europeos, a los principios elementales de Justicia condensados en el Derecho Romano, hicieron posible que, -con algunas excepciones locales-, estas soluciones fueran comunes a toda Europa. Tomaron estos grandes pensadores jurídicos, también, del Derecho Romano, la tripartición de las leyes en estatutos personales, reales y formales (*Instituta*, Libro I, título II, § 12)<sup>20</sup>. Y ése, y no otro, es el origen de la célebre “teoría de los estatutos”. Si los Estados disponen de tres clases de leyes, -personales, reales y mixtas-, deben existir, de modo paralelo, tres clases de normas de Derecho internacional privado que se ocupen de señalar cuándo se aplican las leyes personales, las leyes reales y las leyes mixtas en el caso de un supuesto conectado con varios Derechos estatales. Así, las leyes que regulan la propiedad son “leyes reales”, regulan un derecho sobre las cosas- La norma de Derecho internacional privado correspondiente, la que rige el “estatuto real”, indica que, en casos internacionales, son aplicables las leyes del Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes objeto de propiedad.

Sobre este conjunto de elementos dogmático jurídicos de alta calidad jurídica, los grandes juristas italianos de la Baja Edad Media edificaron el Derecho internacional privado del primer capitalismo liberal. Un cuerpo legal basado en soluciones racionales, lógicas, previsibles y eficientes, como lo fue el Derecho Romano. Por tanto, el Derecho internacional privado es, en su origen, una creación jurídica intelectual medieval, europea e italiana.

Tras ese nacimiento italiano de la disciplina, desde el siglo XIII hasta la actualidad el Derecho internacional privado ha sido perfeccionado por juristas sin igual de todos los rincones de Europa gracias a ciertos impulsos doctrinales. Como un corazón que late más deprisa y más fuertemente, el Derecho internacional privado se afina y se completa a través de ciertos movimientos intelectuales. En primer lugar, -y en la línea expuesta por el gran especialista en la historia del Derecho internacional privado M. GUTZWILLER-, una estatutaria francesa, ya en el siglo XVI, representada por CH. DUMOULIN y B. D'ARGENTRÉ establece de modo más concreto y específico, los límites entre estatutos personales y reales, como muestra

<sup>20</sup> *Instituta*. Libro I, título II, § 12: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”.

B. ANCEL<sup>21</sup>. En segundo lugar, una estatutaria holandesa, obra fundamentalmente de N. BURGUNDIO, P. VOET, J. VOET y U. HUBER ya en los siglos XVI, XVII y XVIII, sigue los pasos territorialistas dados por B. D'ARGENTRÉ, y aporta consideraciones de gran relieve, tales como la idea de la aplicación del Derecho extranjero fundada en la "cortesía internacional" (*comitas gentium*), la tesis de los derechos adquiridos en otros países (*vested rights*) y la caracterización del Derecho extranjero como un mero hecho procesal. En tercer lugar, una *neo-Estatutaria francesa*, ya en los siglos XVII y XVIII, con autores como L. FROLAND, J. BOUHIER y L. BOULLENOIS, forja las reglas, estatutarias, que se recogerían en la Codificación estatal del Derecho internacional privado francés en el *Code* de 1804. En cuarto lugar, tres grandes mentes europeas proporcionan al Derecho internacional privado su fisonomía actual. El primero es J. STORY, norteamericano nacido el 18 septiembre 1779 en Marblehead, Massachusetts, pero descendiente y heredero de colonos ingleses en los Estados Unidos de América. J. STORY suministra, como juez del Tribunal supremo de los Estados Unidos, un sentido práctico al Derecho internacional privado y su querencia, de nuevo, por soluciones territoriales, típicamente inglesas y holandesas, marca el Derecho internacional privado de los Estados Unidos de América. El segundo es P.S. MANCINI, que impulsa la idea de la aplicación de la *lex patriae*, -la ley personal que sigue a la persona como la sombra al cuerpo-, así como el valor supremo de la libre elección de ley en áreas de Derecho dispositivo. En tercer lugar, F.K. VON SAVIGNY, incontrovertible e incomparable genio jurídico europeo, diseña un sistema sencillo de Derecho internacional privado en el que se abandona la defensa de los intereses de los Estados para centrarse en los intereses de los particulares. En quinto lugar, finalmente, la jurisprudencia francesa del siglo XIX introduce los elementos de la parte general clásica del Derecho internacional privado y la doctrina francesa del siglo XIX otorga a la disciplina una dogmática cartesiana y napoleónica, lógica y racional, cercana a la matemática. De modo paralelo, los autores alemanes del siglo XIX descendieron a detalles en un intenso ejercicio de cientifismo legal y la práctica anglosajona introduce también datos y razonamientos realistas en el Derecho internacional privado que dotan a este sector del Derecho de un impacto social elevado.

Hasta el siglo XVIII y XIX el Derecho internacional privado había sido un sector jurídico plenamente europeo constituido por normas que, con ciertas inflexiones, eran comunes a todos los países europeos. Sin embargo, en el siglo XIX el Derecho internacional privado cristaliza en los códigos civiles nacionales de cada Estado y pasa a ser "Derecho nacional". Nace el Derecho internacional privado francés, el español, el alemán, el griego, etc. Esta "nacionalización del Derecho internacional privado" provocó un daño de inmensas proporciones al modo en el que ese sector del Derecho desarrollaba su función, pues las soluciones podían variar de país a país. Si cada Estado contaba con sus normas de conflicto de leyes y con sus propias normas de funcionamiento, la seguridad jurídica internacional quedaba hecha añicos. Era casi imposible prever, para las partes interesadas, cuál era la ley aplicable a una concreta situación jurídica internacional.

Llegados al siglo XXI, el Derecho internacional privado es como una estrella en expansión. Millones de relaciones jurídicas transfronterizas surgen y se desarrollan cada minuto en todo el mundo y el Derecho internacional privado está preparado y listo para la acción en el mundo líquido e hiper-veloz de la tercera década del presente siglo. Es el Derecho internacional privado una creación de la cultura europea fundada en la convivencia pacífica, en la igualdad jurídica de todas las personas y en el respeto a los Derechos de todos los países del planeta. Tras esos presupuestos valorativos late también la idea de la igualdad de todos los seres humanos que conviven en este mundo. Desde esa perspectiva, el Derecho internacional privado es, como se ha indicado, una expresión indudable de la cultura jurídica europea. Es un precipitado del Derecho Occidental, de la cultura occidental.

El dato más relevante en la reciente historia del Derecho internacional privado es su proceso de "europeización". Tras el Tratado de Amsterdam y el Tratado de Lisboa, las instituciones europeas disponen ya de competencia legislativa para elaborar normas de Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado comienza, lenta pero inexorablemente, a volver a ser lo que fue: un con-

---

<sup>21</sup> B. ANCEL, "Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français", *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 21-38; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017; M. GUTZWILLER, "Le développement historique du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400.

junto de normas comunes a muchos países europeos. El Derecho internacional privado europeo recoge toda esa inmensa herencia jurídica de siglos y está formado por normas comunes a todos los Estados miembros: es la quintaesencia del Derecho internacional privado un Derecho internacional privado común a la Unión Europea que se aplica en un vasto territorio a más de quinientos millones de personas.

El proceso anterior ha producido un impacto de extraordinaria relevancia en la regulación de las cuestiones generales de aplicación de la norma de conflicto. En efecto, mientras que los sistemas nacionales de Derecho internacional privado disponen de un arsenal de mecanismos propios que regulan tales cuestiones de modo global, el Derecho internacional privado europeo carece de esa visión general. El Reglamento “Roma Cero”, antes aludido, no existe. En el ordenamiento europeo no existe una serie de normas sobre las cuestiones generales suscitadas por la aplicación de la norma de conflicto. En ocasiones, un reglamento europeo solventa el problema del que se trate, pero sólo a los efectos de dicho reglamento. En este sentido, el art. 12 CC ha quedado como una muestra de la modernidad nacional española del siglo XX frente a la post-modernidad europea del siglo XXI.

## 2. El Derecho internacional privado español y los problemas de aplicación en la redacción originaria del Código Civil de 1889

16. Nunca resulta superfluo recordar que el primer texto legal positivo de Derecho internacional privado que vio la luz en todo el mundo fue un texto letal español: las Partidas del Rey de Castilla Alfonso X el Sabio (alrededor de 1340). Allí se contenían algunas soluciones embrionarias de Derecho internacional privado, normas que fueron importadas a España desde Bolonia, actual Italia, durante la labor legislativa que el Rey Sabio llevó a cabo en la ciudad de Murcia mediante ese gran Jurista que fue JACOBO, “el de las leyes”<sup>22</sup>. Las Partidas alfonsinas, como ha destacado F.K. JUENGER, recogen las primeras normas de conflicto de leyes escritas y con rango legal de todo el mundo<sup>23</sup>. Ciertamente es que las Partidas no contenían ninguna norma de funcionamiento que ayudase a una adecuada aplicación de sus medievales normas de conflicto, con una sola excepción: la indicación de que el Derecho de otras tierras, -el Derecho que no era el castellano-, debía ser probado ante el los jueces del Reino de Castilla cuando las normas de conflicto de las Partidas ordenaran la aplicación de dichas normas foráneas.

Por otro lado, las normas de conflicto de las Partidas eran fuertemente territorialistas en sentido judicial: se procuraba que el juez castellano aplicase siempre su propio Derecho sustantivo, como se aprecia en la Partida Primera, título I, ley XV<sup>24</sup>. Sin embargo, no siempre era así. Algunas normas de conflicto de leyes podían remitir a leyes extranjeras. Así, por ejemplo, la ley que regía el régimen de

---

<sup>22</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes”, *Accursio DIP Blog*, 9 abril 2015, <http://accursio.com/blog/?p=120>. El texto de las Siete Partidas (texto íntegro) se puede consultar en = [https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft_djvu.txt). Una versión posterior, más elaborada, se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes”, en *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 1-4. Vid. también A. PÉREZ MARTÍN, “Jacobo de las leyes: Ureña tenía razón”, *Anales de Derecho*, n° 26, 2008, pp. 251-273 (texto en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113171/107241>).

<sup>23</sup> F.K. JUENGER, “A Page of History”, *Mercer Law Review*, n. 35, 1984, pp. 419-460; F.K. JUENGER, “Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos”, en *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado Balance y perspectivas de una década. IV jornadas Derecho internacional privado*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 35-58. Las aportaciones de JACOBO DE LAS LEYES en el campo contractual fueron numerosas, como subrayan C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Ejecución de sentencias en Jacobo de las Leyes y Partidas alfonsinas. Fundamentos romanistas”, (de próxima publicación), 2021.

<sup>24</sup> Código de las Siete Partidas, Partida Primera, título I, ley XV: «*Como deben obedescer las leyes, y juzgarse por ellas: Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos e las obedescer e guardar e juzgarse por ellas, e no por escrito de otra ley fecha en ninguna manera. E el que la ley fase, es tenuto de la facer complir. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, o postura, o yerro en la tierra do se juzgase por las leyes; ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, no pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas. E si por ventura ellos fuesen rebeldes que no lo quisiesen facer de su voluntad, los jueces é las justicias los deben costreñir por premia que lo fagan, asi como las leyes de este nuestro libro mandan. Otrosí decimos que está bien al facedor de las leyes en querer vevir segund las leyes, como quier que por premia no sea tenuto de lo facer*”.

bienes matrimoniales era la ley del lugar de celebración del matrimonio (Partida IV, título XI, Ley 24: “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”) y la Ley aplicable a los contratos era la Ley del país donde éstos habían sido celebrados (*Lex loci celebrationis*) y la Ley aplicable a los derechos reales era la *Lex Rei Sitae* (Partida Tercera, Ley 15, Tít. 14 : “... fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiessen fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o raiz de aquel logar... Ca estonce, maguer estos estraños contendiessten sobre aquellas antel Juez de nuestro senorio, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella auerigar, e delibrar el pleyto”<sup>25</sup>). En consecuencia, ciertas normas de conflicto de Partidas solían conducir a la aplicación directa del Derecho castellano pero otras normas de conflicto eran de raíz italiana, elaboradas por glosadores y comentaristas transalpinos, normas mucho más abiertas a la aplicación de un Derecho extranjero.

17. Entre las Partidas medievales y el año 1889, España no contó con normas positivas de Derecho internacional privado. La doctrina estatutaria española, ya en la Edad Moderna, forzó dichas normas hasta donde fue posible, y creó ciertas soluciones de Derecho internacional privado que han gozado de proyección posterior, por ejemplo la unidad de la Ley aplicable a los bienes del matrimonio.

Hasta 1889, hubo varios Proyectos de Código civil que contenían normas de Derecho internacional privado (1821, 1836, 1851, 1869), todas ellas de corte estatutario y copiadas, con mayor mejor fortuna, del *Code* francés de 1804.

El Real Decreto determinando las condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero de 17 octubre 1851 fue el primer texto legal que, de modo inequívoco, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, ciertas normas, fragmentarias y parciales, de Derecho internacional privado en el sector del Derecho aplicable y de la eficacia de documentos otorgados en el extranjero<sup>26</sup>. De corte todavía medieval, el Real Decreto establecía cinco reglas y tres de ellas se correspondían con el estatuto personal, real y formal o mixto.

El texto original del Código Civil español de 1889 contenía, en su “Título Preliminar”, denominado “*De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*”. Se trataba de una serie rudimentaria de normas de conflicto muy básicas inspiradas en la medieval teoría de los estatutos. No recogía ningún precepto con reglas para resolver los problemas de aplicación de la norma de conflicto. Como excepción, el párrafo tercero del art. 11 CC recogía una fórmula primaria y poco elaborada que permitía invocar el orden público internacional español para evitar la aplicación de leyes extranjeras en España aun cuando las normas de conflicto españolas hubieran remitido a tales leyes foráneas: “[n]o obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

El Código Civil de 1889 constituye el punto de referencia básico para afirmar la existencia de un sistema de Derecho internacional privado en España. Dicho Código civil supuso el primer intento de sistematizar coherentemente el Derecho internacional privado español, -sector del Derecho aplicable-, en sus arts. 8 a 11. A pesar de ello, sus soluciones eran antiguas cuando vieron la luz. Eran una copia del art. 3 del *Code* francés de 1804, del Código del Piamonte de 1865 y en menor medida, del Código portugués de 1867. Su técnica de Derecho internacional privado era deficiente, pues carece, prácticamente, de “normas de aplicación”, y presentaba numerosas lagunas de regulación. Estas normas de Derecho internacional privado estuvieron en vigor más de ochenta años. Posteriormente se llevaron a cabo, con nulo éxito, ciertos intentos de reforma del sistema de Derecho internacional privado contenido en el Código de 1889: el *Proyecto Yanguas* (1943/1944) y el *Proyecto Trías* (1962).

<sup>25</sup> Texto extraído de M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Facultad de Derecho, Madrid, 1970, p. 20.

<sup>26</sup> Texto del Real Decreto determinando las condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero de 17 octubre 1851 en M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Facultad de Derecho, Madrid, 1970, p. 61.

### III. La aparición del artículo 12 del Código civil: la mini-codificación de las cuestiones generales de la norma de conflicto

#### 1. Rasgos básicos del artículo 12 del Código civil

18. En 1974 el Decreto 1836/1974 reformó las normas de Derecho internacional privado del Título Preliminar del Código civil. El texto del art. 12 CC fue tomado del llamado “*Proyecto Trías*” (1962). En dicho proyecto ya se hallaba la regulación de la calificación, reenvío, orden público y fraude de Ley. Por tanto, en 1974 se añadieron solamente dos apartados nuevos, el relativo a los sistemas plurilegislativos y el concerniente a la aplicación y acreditación del Derecho extranjero. El resto son soluciones de 1962, soluciones del *Proyecto Trías* (1962)<sup>27</sup>.

Esta reforma ha sido fuertemente criticada y lo ha sido desde que sus normas vieron la luz en 1974. Se ha escrito que eran normas con lagunas legales relevantes, que las soluciones acogidas eran anticuadas y parcialmente estatutarias, que eran muy conflictualistas, que no se abrían a nuevas técnicas de reglamentación y que ignoraban las leyes de policía, que ensalzaban la “*nacionalidad*” como conexión y mantenían el vértigo de la Ley nacional, que presentaban claros ribetes legeforistas en instituciones como el reenvío o la aplicación del Derecho extranjero, etc., como ha enfatizado J.D. LÜTTRINGHAUS<sup>28</sup>.

La reforma no tuvo presentes las soluciones más modernas ya acogidas por otros sistemas estatales de Derecho internacional privado y por los convenios internacionales de Derecho internacional privado que habían sido ya firmados por otros países.

La reforma de 1974, se dice, ha resistido mal el paso del tiempo. Debido a sus anticuadas respuestas, las nuevas normas fueron escasamente aplicadas por la jurisprudencia, y muchas de sus soluciones son hoy inoperantes al haber sido sustituidas o modificadas por leyes posteriores o por Convenios internacionales y normas de Derecho internacional privado del Derecho europeo. Sin embargo, la reforma ahí sigue en el texto positivo del código civil 50 años después, con modificaciones concretas, es cierto, pero su estructura se mantiene.

19. El Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil cambia el mapa normativo del Derecho internacional privado español y lo moderniza muy notablemente en lo que se refiere, muy especialmente, a las normas de aplicación o funcionamiento de la norma de conflicto<sup>29</sup>. El legislador español toma conciencia de que las normas de conflicto generan una serie de cuestiones técnicas de difícil solución y que es preciso orientar a jueces y tribunales y a los operadores jurídicos en general de modo que puedan solventarlas con seguridad jurídica. El nombre del elegido es “artículo 12 del Código civil”. Este precepto se presenta como una “mini codificación” de soluciones a las cuestiones generales que suscitan la aplicación de la norma de conflicto del foro.

20. Los rasgos del artículo 12 del Código Civil merecen ser destacados, pues la importancia valorativa y técnica del precepto es incuestionable.

En primer lugar, de la nada normativa más absoluta y vacía, de no tener más que un párrafo perdido en un precepto del Código civil que, de forma tangencial, imperfecta e imprecisa se ocupaba del orden público internacional, se pasó a contar con seis soluciones para seis problemas de aplicación diferentes generados por la operativa de la norma de conflicto.

En segundo término, el precepto abordó los siguientes problemas de aplicación más clásicos de la norma de conflicto: calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de Ley, remisión a sistemas plurilegislativos, imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero. Es

<sup>27</sup> El texto del llamado “Proyecto Yanguas” puede verse en M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Facultad de Derecho, Madrid, 1970, pp. 46-47 y el texto del denominado “Proyecto Trías” se encuentra en la misma obra, pp. 47-53.

<sup>28</sup> J.D. LÜTTRINGHAUS, „Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar (EuGH, S. 174)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014-2, pp. 146-152.

<sup>29</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 1974. Link = <http://www.boe.es/boe/dias/1974/07/09/pdfs/A14269-14275.pdf>.

decir, los más destacables e importantes problemas de aplicación de la norma de conflicto que ya habían generado cierta inquietud en la jurisprudencia española dictada entre 1889, -fecha de promulgación del Código Civil- y 1974, -fecha de entrada en vigor del nuevo Título Preliminar del Código-.

En tercer lugar, es cierto que, aunque sí son todos los que están, no están todos los que son. En efecto, el art. 12 CC no abordó algunos problemas de funcionamiento de la norma de conflicto. Sin regulación general quedaron el conflicto móvil, la cuestión previa, el conflicto internacional transitorio, así como la llamada “adaptación” o “incoherencia de reglamentación”.

En cuarto lugar, es necesario destacar que el art. 12 CC aparece condicionado por la visión estatutaria del legislador de 1974. El legislador de dicho año todavía profesaba una fe ciega en la famosa y medieval “teoría de los estatutos”. El Código civil español de 1889 y el nuevo Título Preliminar del mismo de 1974 todavía creen que existen tres tipos de leyes, como desde 1225 habían indicado los glossadores y comentaristas medievales europeos. Tales expertos tomaron del venerable Derecho Romano la tripartición de las Leyes en estatutos “personales”, “reales” y “formales”, Así lo indica la simple lectura las *Instituta*, Libro I, título II, § 12 del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano descubierto en Bolonia en la Baja Edad Media: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”<sup>30</sup>. Esta visión provoca que el artículo 12 CC se centre en las “leyes” extranjeras más que en el objeto de la norma de conflicto, esto es, en los problemas sociales de la vida internacional de los particulares -los contratos, la filiación, la sucesión-. Por ello, puede afirmarse que el art. 12 CC es un precepto de elevado tecnicismo que, aunque emplea técnicas multilaterales, pivota sobre la aplicación de las Leyes de los distintos Estados en el espacio. El art. 12 CC se dirige, así, a pulir, bruñir y perfeccionar la aplicación de las normas de conflicto españolas. Es una “norma que ayuda a las normas”, por lo que, de modo forzoso, se presenta como una “norma súper-técnica”. Sólo para espíritus jurídicos muy refinados, exquisitamente técnicos, amantes de la pureza dogmática del Derecho internacional privado.

**21.** En definitiva, el legislador español todavía cree en la parte general del Derecho internacional privado. La pervivencia y permanencia del texto del artículo 12 del Código Civil pone de manifiesto esa fe en la parte general del Derecho internacional privado. Se trata de una fe moderna, de un intento de racionalizar el funcionamiento de las normas de conflicto, de una tentativa para someter a reglas seguras y previsibles el modo en el que operan todas las normas de conflicto del Derecho español.

## **2. Modificaciones legislativas del artículo 12 del Código civil**

**22.** El texto del art. 12 CC permanece hoy día (2024) inalterado desde 1974 con una sola excepción. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000 suprimió el inciso segundo del precepto citado, que recogía una norma de funcionamiento relativa a la aplicación y prueba del Derecho extranjero<sup>31</sup>.

## **IV. La pervivencia y la supervivencia del art. 12 del Código Civil**

### **1. La crisis de la parte general tradicional del Derecho internacional privado y la crisis del art. 12 CC**

**23.** La doctrina especializada de Derecho internacional privado ha comenzado a discutir a partir, aproximadamente, del año 2010, sobre la utilidad de una “parte general del Derecho internacional privado” en el sector de los conflictos de Leyes propia de cada Estado<sup>32</sup>.

**24.** La parte general del Derecho internacional privado en el sector de los conflictos de leyes fue, desde el siglo XIX hasta el segundo tercio del siglo XX, un remanso de paz jurídica, un paraíso de

<sup>30</sup> *Instituta*. Libro I, título II, § 12: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”.

<sup>31</sup> BOE núm.7 de 8 enero 2000.

<sup>32</sup> Esta crisis se puede seguir ya en el magnífico trabajo de M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2004, pp. 821-836.

dulce serenidad y una auténtica *turris eburnea* para los estudiosos del Derecho internacional privado. Se trataba de unas pocas normas de funcionamiento que facilitaban la aplicación de las normas de conflicto nacionales de cada país. Por otro lado, dichas normas de conflicto constituían un ramillete de no más de cinco reglas generales que señalaban la Ley aplicable a la persona y familia, a los bienes, a las obligaciones y a los actos jurídicos en general. En efecto, una parte general de los conflictos de leyes como la contenida en el art. 12 CC funcionaba perfectamente cuando todas las normas de conflicto estaban reunidas, agrupadas y codificadas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. En aquellos tiempos, apenas había normas de conflicto en las leyes especiales, no estaban vigentes para España convenios internacionales con normas de conflicto de leyes y el Derecho internacional privado europeo no existía. Además, tales normas de conflicto codificadas eran muy generales y de estructura simple. En otras palabras, puede decirse que todas las normas de conflicto de leyes del Derecho español se hallaban condensadas en los arts. 9, 10 y 11 CC.

**25.** Frente a dicho escenario, en el siglo XXI, la parte general del Derecho internacional privado se encuentra condicionada por el signo de los tiempos de esta época, que pueden condensarse en varios elementos.

En primer término, las situaciones privadas internacionales del siglo XXI son complejas y cambiantes y se suscitan con extrema frecuencia. Frente a ello, la tradicional parte general del Derecho internacional privado está diseñada para afrontar casos sencillos de conflictos de leyes que aparecían sólo esporádicamente.

En segundo lugar, el Derecho internacional privado del siglo XXI vigente en España es un Derecho internacional privado plurisistemático: los jueces españoles, así como los operadores jurídicos que actúan en España y los particulares deben tener presente, al mismo tiempo, el Derecho internacional privado español y el Derecho internacional privado europeo.

En tercer lugar, en el Derecho internacional privado español conviven hoy día una pluralidad descontrolada y profundamente asistemática de fuentes formales normativas: normas contenidas en convenios internacionales y normas recogidas en leyes y otras disposiciones jurídicas elaboradas de producción interna.

En cuarto término, la emergencia y proliferación del “Derecho privado institucional” o “Derecho privado social”, -esas “normas diagonales” que atraviesan como rayos X el Derecho Privado para proteger, defender y promocionar intereses públicos o generales-, prácticamente inexistente hasta hace no muchos años, obliga a replantear y a refinar las soluciones, excesivamente generales y con frecuencia casi proteiformes y embrionarias, de algunos de los párrafos del art. 12 CC.

**26.** El resultado de la combinación de estos elementos es la proliferación de “textos especiales de Derecho internacional privado” que contienen sus propias “normas de funcionamiento”. Frente a la abundancia de estos “textos especiales de Derecho internacional privado”, es evidente que una “parte general de Derecho internacional privado”, esto es, una “teoría general de los conflictos de leyes” encuentra grandes dificultades para constituir y operar como “teoría general”, esto es, como un conjunto de normas de funcionamiento válidas para todas las normas de conflicto en vigor en un Estado. La situación actual, en efecto, pone de relieve que la “teoría general de los conflictos de leyes” se halla sumida, como se puede apreciar, entre otros, en los estudios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.A. ASÍN CABRERA, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y P. RODRÍGUEZ MATEOS en una profunda crisis valorativa y sistemática que se refleja en los siguientes datos<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; M.A. ASÍN CABRERA, “La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de La Haye de droit international: répercussions dans le droit international privé espagnol”, en *Permeabilité des ordres juridiques, Rapports présentés à l’occasion du colloque-anniversaire de l’Institut suisse de droit comparé*, Zürich, 1992, pp. 265-280; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol.XLVII, pp. 11-41; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988, vol.XL, 1988, pp. 79126.

**27.** En primer lugar, se aprecia una progresiva e imparable especialización de las normas de conflicto que ha hecho florecer decenas de nuevas normas de conflicto que se ocupan de materias cada vez más concretas. En relación con estas normas, los mecanismos generales de la parte general del Derecho internacional privado resultan poco útiles. En efecto, las herramientas accesorias y ancilares recogidas en el art. 12 CC, por ejemplo, están diseñadas para solventar problemas aplicativos de normas de conflicto muy generales, no de normas de conflicto especializadas.

**28.** En segundo término, los textos especiales de Derecho internacional privado, europeos y españoles, regulan problemas de aplicación para sectores concretos. La teoría general deja, lentamente, de ser “general” para convertirse en “teoría residual del Derecho internacional privado”. Los mecanismos propios de la parte general del Derecho internacional privado pasan a ser regulados por normas sectoriales contenidas en convenios internacionales o en Reglamentos de la UE, que son instrumentos legales cuya aplicación prevalece sobre el art. 12 CC. Este precepto se convierte, así, en una norma meramente secundaria o subsidiaria.

**29.** En tercer lugar, ciertos mecanismos auxiliares de la norma de conflicto, como el fraude de Ley o la calificación, han sido y son ignorados por los tribunales de justicia, muy interesados o casi exclusivamente interesados en la aplicación de la Ley sustantiva del foro. Algunos de estos mecanismos representan, en verdad, preocupaciones dogmáticas propias del siglo XIX que hoy tienen escasa incidencia real.

**30.** En cuarto lugar, surgen nuevos mecanismos generales propios de la teoría general de los conflictos de Leyes que no están contemplados en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado. Algunos ejemplos serán suficientes.

El art. 12 CC no recoge la cláusula “mercado interior” / “ámbito coordinado”, cláusula que obliga a no aplicar la Ley que regula una situación privada internacional en relación con materias concretas reguladas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio está establecido un prestador de servicios. Tampoco existe una norma general sobre la “cláusula del mercado interior” en el Derecho internacional privado de la UE, sino meras regulaciones sectoriales para materias específicas, apunta M. LAZOUZI<sup>34</sup>.

Por otro lado, el art. 12 CC tampoco se ocupa de la “cláusula de excepción”, técnica que permite no aplicar la designada por la norma de conflicto y aplicar, en su lugar, la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación<sup>35</sup>. De igual modo, tampoco existe una norma general sobre la cláusula de excepción en el Derecho internacional privado de la UE<sup>36</sup>. Sólo algunos instrumentos legales europeos, como bien expone G. GOLDSTEIN, regulan esta cláusula para sectores específicos<sup>37</sup>.

**31.** En quinto término, los conflictos de Leyes, la “parte noble del Derecho internacional privado”, en célebre dicción del gran jurista francés P. MAYER-, está sujeta hoy día a un proceso de recorte debido al auge del método del reconocimiento de situaciones válidamente creadas en otros países<sup>38</sup>. Ello resta, como ponen de relieve T. AZZI / O. BOSKOVIC, un cierto potencial valorativo a la “teoría general de los conflictos de leyes”<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> M. LAZOUZI, “Protéger les paiements de la période suspecte dans un contrat interne par le recours au droit étranger choisi par les parties? l’inquiétant anti-guide-âne de la Cour de justice: CJUE, 8 juin 2017, no. C-54/16, *Vinyls Italia*”, *Revue des contrats*, 4, 2017, pp. 638-644.

<sup>35</sup> C. CAMPIGLIO, “Prime applicazioni della clausola d’eccezione ‘europea’ in materia contrattuale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1992, pp. 241-254; ID., “L’esperienza svizzera in tema di clausole d’eccezione: l’art.14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 47-88.

<sup>36</sup> A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto”, *REDI*, 2015, pp. 83-109.

<sup>37</sup> G. GOLDSTEIN, “The Legal Certainty Exception – Towards a New Subjective Localisation in the Conflict of Laws Methodology”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII (2021/2022), pp. 25-58.

<sup>38</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11<sup>a</sup> ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 59-61.

<sup>39</sup> T. AZZI / O. BOSKOVIC (DIR.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 2015.



**32.** En sexto lugar, se observa una grave neutralización del razonamiento conflictual debida a una explosión de técnicas, tácticas y estrategias seguidas por jueces y abogados dirigidas a no aplicar el Derecho internacional privado o a no aplicar el Derecho extranjero designado por vigentes las normas de conflicto. Son subterfugios para aplicar el Derecho nacional. En especial, se emplean las normas relativas a la prueba del Derecho extranjero, cuestión ésta dejada en las soberanas manos de los Estados miembros por los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado, con el objetivo de escapar del razonamiento conflictual, según ha denunciado M.-L. NIBOYET<sup>40</sup>.

**33.** En séptimo lugar, debe subrayarse que ciertos sectores están regulados por normas de carácter semi-público o institucional. La aplicación de estas normas a los casos internacionales se realiza mediante normas unilaterales de Derecho internacional privado. Estas normas unilaterales de Derecho internacional privado hacen innecesaria, observa S. FRANCO, una parte general de Derecho internacional privado relativa a las normas de conflicto<sup>41</sup>.

**34.** En octavo término, determinadas cuestiones problemáticas pertenecientes a la teoría general de los conflictos de leyes nunca han gozado, en realidad, de una solución expresa ni clara por parte del legislador español ni europeo ni por la jurisprudencia como recientemente ha puesto de manifiesto S. CHAILLÉ DE NÉRÉ<sup>42</sup>. Es el caso de la cuestión previa, del conflicto móvil, del conflicto internacional transitorio, de la sucesión internacional de la norma de conflicto o de la adaptación. El art. 12 CC, por ejemplo, no ofrece solución explícita a estas complejas, arduas, intrincadas y graves cuestiones técnico-jurídicas. De la jurisprudencia española relativa a las mismas parece prudente, en este momento, mantener un discreto silencio.

**35.** Resulta conveniente, aunque sea sólo a modo de ejemplo, recordar algunas normas de funcionamiento que solventan los problemas de aplicación de las normas de conflicto y que se contienen en convenios internacionales vigentes para España. Tales normas presentan un carácter particular. Es decir, cada convenio internacional dispone de su propio arsenal de normas de funcionamiento que solventan las cuestiones relativas a la aplicación de sus respectivas normas de conflicto en la materia objeto de regulación: forma de las disposiciones testamentarias, medidas de protección de los niños, responsabilidad por daños derivados de los productos, etc. Existen marcadas diferencias entre las normas de funcionamiento de cada uno de estos convenios internacionales. Estas “normas de funcionamiento convencionales” prevalecen sobre las recogidas en el art. 12 CC. Por ello, resulta extremadamente aconsejable que, comprobado que el supuesto debe ser regulado por uno de estos convenios internacionales vigentes para España, todo operador jurídico sea consciente de que los problemas de aplicación de las normas de conflicto contenidas en el convenio internacional aplicable deben ser resueltos con arreglo, exclusivamente, a las normas de funcionamiento incluidas en el convenio en cuestión.

**36.** Varios ejemplos de normas de aplicación o funcionamiento contenidas en convenios internacionales en vigor para España pueden recordarse en este momento: (a) 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, contiene las siguientes normas de aplicación: reenvío (art. 21); orden público especializado (art. 22); remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* (arts. 47-49); sucesión temporal de la norma de conflicto (art. 53)<sup>43</sup>; (b) Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en

<sup>40</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, 1986, esp. pp. 33-34.

<sup>41</sup> S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant-L.G.D.J., Paris, 2005, pp. 33-39.

<sup>42</sup> S. CHAILLÉ DE NÉRÉ, “Tradition culturelle et loi étatique: conflit de normes autour du don d'enfant polynésien - Civ. 1””, 21 sept. 2022, n° 21-50.042”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 227-245.

<sup>43</sup> 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 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

La Haya el 5 octubre 1961. Incluye las siguientes normas de aplicación: reenvío (art. 1); calificación específica de ciertas situaciones (art. 5); orden público internacional (art. 7); sucesión internacional de normas de conflicto (art. 8)<sup>44</sup>; (c) Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973<sup>45</sup>. Recoge las siguientes normas de funcionamiento: calificación (art. 8); orden público internacional (art. 10); remisión a sistemas legales plurilegislativos (art. 12); reenvío (arts. 4. 5 y 6).

## 2. Las soluciones concretas del artículo 12 del Código civil en el siglo XXI

### A) La calificación (art. 12.1 CC)

#### a) La solución ofrecida por el art. 12.1 CC

37. La cuestión de la “calificación” surge cuando una concreta situación privada internacional puede ser subsumida en el “supuesto de hecho” de varias normas de conflicto. Por ello, se debe “calificar” esa concreta situación privada internacional. Una vez calificada la concreta situación privada internacional en el supuesto de hecho de una específica norma de conflicto, será ésta la que precise la Ley aplicable a dicha situación privada internacional. Éste es el auténtico problema de la “calificación”.

38. El art. 12.1 CC acoge la solución de la “calificación *lege fori*”. Su texto es claro y directo: “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española” (SAP Baleares 16 julio 2009 [compraventa o donación internacional])<sup>46</sup>. Ello significa que es la Ley española, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), la que determina la “naturaleza jurídica” de la cuestión debatida. Una vez determinada la naturaleza jurídica de la cuestión debatida, se aplica la norma de conflicto que precisa la Ley reguladora de dichas cuestiones.

Ejemplo: en Derecho español, la naturaleza jurídica de los acuerdos prematrimoniales que regulan las relaciones personales y económicas entre los cónyuges constante matrimonio, casados antes del 29 enero 2019, no es “contractual”, sino “matrimonial”. Por ello, no se consideran simples “contratos” sino “pactos de regulación de los efectos del matrimonio”. En consecuencia, se aplicará a estos pactos la norma de conflicto que regula los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC) y no la norma de conflicto que regula los contratos (art. 10.5 CC).

39. El art. 12.1 CC es un precepto que fue acuñado en 1974. Antes de esa fecha, la jurisprudencia española ya acogía la tesis de la calificación *lege fori* (STS 13 enero 1909, STS 10 noviembre 1924, STS 27 enero 1933, STS 17 abril 1956, RDGRN 4 junio 1915)<sup>47</sup>.

Ciertas decisiones parecían inclinarse por la calificación *Lege Causae* para decidir si un bien revestía el carácter de bien “mueble” o “inmueble” (STS 21 enero 1874, STS 23 octubre 1873, STS 17 octubre 1901)<sup>48</sup>. Sin embargo, esa vieja jurisprudencia no fue nunca clara ni unánime. Así, la STS 28 enero 1896 seguía la tesis de la calificación *lege fori*<sup>49</sup>. Por ello, esta solución a favor de la ley del país de situación del bien para calificar la situación jurídica hoy no presenta relevancia. Ni ha sido posteriormente aludida o citada por el Tribunal Supremo ni tampoco por los tribunales de instancia españoles.

<sup>44</sup> Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm.197 de 17 agosto 1988. Entrada en vigor para España: 10 junio 1988).

<sup>45</sup> Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (BOE núm.21 de 25 enero 1989).

<sup>46</sup> SAP Baleares 16 julio 2009 [CENDOJ 07040370032009100295].

<sup>47</sup> STS 13 enero 1909 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 113, p. 170]; STS 10 noviembre 1924 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 164, p. 369]; STS 27 enero 1933 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 207, p. 389]; STS 17 abril 1956 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 48, p. 487]; RDGRN 4 junio 1915 [*Anuario de la DGRN*, 1915, p. 385].

<sup>48</sup> STS 23 octubre 1873 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 28, 1873]; STS 21 enero 1874 [*Jurisprudencia Civil*, vol 29, p. 149]; STS 17 octubre 1901 [*Colección legislativa*, vol. 92, pp. 305-307, núm. 83].

<sup>49</sup> STS 28 enero 1886 [*Jurisprudencia civil*, pp. 125-127, núm. 28].

**40.** A la hora de aplicar una específica norma de conflicto a una situación privada internacional, surgen dos cuestiones problemáticas diferentes.

La primera cuestión a resolver es la interpretación y la definición que deben darse a los conceptos empleados por las normas de conflicto como “supuestos de hecho”, muy bien explicado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>50</sup>. La distinción dogmática se debe, sin duda, a E. BETTI<sup>51</sup>. Ejemplo 1: el art. 9.1 CC indica que la Ley aplicable a la “capacidad” es la Ley nacional de la persona. El gran jurista francés E. BARTIN estimó, ya en el siglo XIX, que esta operación de “interpretación y definición de conceptos” debe llevarse a cabo con arreglo al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), tesis seguida posteriormente por la inmensa mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, según explican S. BOLLÉE / BERNARD HAFTTEL<sup>52</sup>. Por tanto, el concepto de “capacidad” debe precisarlo el Derecho español. La justificación de esta tesis es clara: las normas de conflicto que contienen estos conceptos son normas de la *Lex Fori*, por lo que sus conceptos deben interpretarse y definirse con arreglo a los criterios hermenéuticos de tal ordenamiento jurídico. El mismo E. BARTIN indicaba, en célebre frase, que el Derecho internacional privado no es más que una mera extensión del Derecho civil interno al ámbito internacional, por lo que los “conceptos civiles” que emplean las normas de conflicto deben tomarse del Derecho Civil del Estado cuyo legislador ha diseñado tanto las normas y conceptos de Derecho Civil, como las normas de conflicto<sup>53</sup>. La DGRN, aunque con expresiones algo confusas y sin mucha convicción ni sistema, sigue hoy día esta tesis (RDGRN [106<sup>a</sup>] 15 noviembre 2013 [*kafala* marroquí y patria potestad de menor]; RDGRN [11<sup>a</sup>] 6 septiembre 2011 [*kafala* marroquí])<sup>54</sup>.

Tras el anterior, surge otro problema. Se trata del auténtico, real genuino y verdadero problema de la “calificación”, que es uno de los problemas más clásicos y también más complicados del Derecho internacional privado. Consiste, explica B. ANCEL, en la subsunción de un “supuesto fáctico”, una concreta situación privada internacional, en el concepto jurídico empleado como supuesto de hecho (*Tatbestand*) por la norma de conflicto<sup>55</sup>. El problema surge porque, con frecuencia, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el “supuesto de hecho” de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Éste es el auténtico problema de la “calificación”.

**41.** La solución *lex fori* seguida por el art. 12.1 CC funciona en dos momentos aplicativos diferentes.

En primer lugar, para subsumir el supuesto fáctico en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, debe averiguarse la “naturaleza jurídica” del supuesto fáctico controvertido. Por ello, “calificar” es “definir” una situación privada internacional en términos jurídicos, como la doctrina más clásica dejó bien argumentado<sup>56</sup>. Una vez “calificada” la situación privada internacional, se aplicará la norma de conflicto que corresponda a la naturaleza jurídica que se ha atribuido al supuesto. Ejemplo: ¿cuál es la “naturaleza jurídica” del “contrato sucesorio”? Si se estima que presenta una “naturaleza jurídica sucesoria”, tal contrato sucesorio debe subsumirse en el “supuesto de hecho” de la norma de conflicto que regula la sucesión

<sup>50</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Art. 12.1 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 842-880.

<sup>51</sup> E. BETTI, “Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado”, *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 680-699; E. BETTI, “La forma degli atti nel diritto internazionale privato”, *Rivista del notariato*, 1959, pp. 221-237.

<sup>52</sup> S. BOLLÉE / BERNARD HAFTTEL, “L’art d’être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui”, *Revue critique de droit international privé*, 2020, n.2, pp. 267-284. Muy bien expuesto también, en relación con el Derecho europeo, por B. HAFTTEL, “Entre ‘Rome II’ et ‘Bruxelles I’: l’interprétation communautaire uniforme du règlement ‘Rome I’”, *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 761-788.

<sup>53</sup> E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol.I, París, 1930, pp. 1-69.

<sup>54</sup> RDGRN [11<sup>a</sup>] 6 septiembre 2011 [*Aranzadi JUR*, n. 198189]; RDGRN [106<sup>a</sup>] 15 noviembre 2013 [*Aranzadi JUR*, n. 214471].

<sup>55</sup> B. ANCEL, “L’objet de la qualification”, *Journal de droit international Clunet*, 1980, vol.107, pp. 227-268.

<sup>56</sup> *Vid. inter alia*, R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1936, vol.58, pp. 245-469, conocr. pp. 279-459; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol.I, París, 1930, pp. 1-69; E. RABEL, “Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ.*, 1931, pp. 241-288 y *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 1-19.

internacional. Si, por el contrario, el contrato sucesorio presenta una naturaleza jurídica contractual, deberá subsumirse en el supuesto de hecho de la norma de conflicto que regula los “contratos internacionales”.

En segundo lugar, es preciso recordar que la calificación es una operación jurídica que tiene lugar en todos los sectores del Derecho, apunta P. LOUIS-LUCAS<sup>57</sup>. Sin embargo, esta operación presenta una particularidad muy relevante en Derecho internacional privado. Y es que la naturaleza jurídica de numerosas instituciones es “distinta” en los diferentes Derechos estatales. Ejemplo 1: en ciertos Derechos estatales, las “litisexpensas” son un “efecto personal del matrimonio”, mientras que otros Derechos consideran que se trata de un aspecto del “régimen económico matrimonial”. Ejemplo 2: en ciertos Derechos estatales, los esponsales son un contrato de Derecho de familia, mientras que en otros Derechos estatales, se consideran un supuesto de responsabilidad extracontractual. Por ello debe precisarse el Derecho estatal con arreglo al que debe realizarse la “calificación”. Pues bien: según la tesis *lege fori* recogida con diáfana claridad en el art. 12.1 CC, la calificación debe realizarse con arreglo a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. La calificación *lege fori* es la solución defendida por la mayor parte de la doctrina clásica, puesto que simplifica la operativa de la norma de conflicto, es coherente con el carácter nacional de la mayor parte de las normas de conflicto que aplican los tribunales de Justicia y asegura la previsibilidad de soluciones en el escenario internacional, como puede verse en las contribuciones seculares de E. BARTIN, F. KAHN, J. MAURY, G. MELCHIOR, J.-P. NIBOYET, P. ARMINJON, R. AGO y otros autores desde hace más de cien años<sup>58</sup>. Esta solución se sigue, como regla general, por la inmensa mayoría de los sistemas estatales de Derecho internacional privado, como se aprecia, en el caso francés, en la sentencia civ. Seine, Francia, 19 febrero 1927 [testamento del holandés] y en la no menos famosa sentencia Cour de Cassation, Francia 22 junio 1955, *Caraslanis* [matrimonio en Francia del griego ortodoxo]<sup>59</sup>.

**42.** La tesis de la calificación con arreglo a la *Lex Fori* se apoya en distintos y sólidos argumentos.

- 1º) *Argumento lógico*. No es posible realizar la calificación con arreglo a ningún otro Derecho distinto al del país cuyos tribunales conocen del asunto. Ello es así porque el problema se plantea en un momento en que no es posible precisar cuál será la *Lex Causae*, -la Ley aplicable a la situación privada internacional-, pues con la calificación se busca, precisamente, determinar la norma de conflicto aplicable. Es el argumento del *circulus inextricabilis*, bien argumentado por T. BALLARINO<sup>60</sup>.
- 2º) *Argumento práctico*. La solución *Lex Fori* proporciona un “catálogo único de calificaciones”. La Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) es el único sistema legal encargado de “definir jurídicamente” toda situación privada internacional, expone G.A.L. DROZ a la luz de su examen relativo a los regímenes económicos matrimoniales<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> P. LOUIS-LUCAS, “Conflits de méthodes en matière de conflits de lois”, *Journal de droit international Clunet*, 1956, pp. 774-823. También en P. LOUIS-LUCAS, “Existetil une compétence générale du droit français pour le reglement des conflits de lois ?”, *Revue critique de droit international privé*, 1959, pp. 405441.

<sup>58</sup> J. MAURY, “Regles générales des conflits de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1936, vol.57, pp. 325570; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, Leipzig, 1932, pp. 245-265; P. ARMINJON, “L’objet et la méthode du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.21, 1928, pp. 429512; F. KAHN, “Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1143; ID., “Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t.I, 2ª ed., München/Leipzig, 1928, pp. 1123; J.P. NIBOYET, “Froland, les questions de qualifications et la question du renvoi”, *Revue critique de droit international privé*, 1926, pp. 125; ID., “Le probleme des qualifications sur le terrain des traités diplomatiques”, *Revue critique de droit international privé*, 1935, pp. 1-19; R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1936, vol.58, pp. 245-469, concr. pp. 279-459; R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato. Teoria generale*, Milán, 1939, pp. 3337; R. AGO, “Convenzione dell’Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1963, pp. 335.

<sup>59</sup> Sentencia civ. Seine, Francia, 19 febrero 1927 [*Revue critique de droit international privé*, 1928, p. 511 nota P. LEPAULLE]; Sent. Cour Cass. Francia 22 junio 1955, *Caraslanis* [*Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 723, nota H. BATIFFOL, *Dalloz*].

<sup>60</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, pp. 224-230.

<sup>61</sup> G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.229, pp. 9-424; G.A.L. DROZ, “Les régimes matrimoniaux en droit international privé”, *Recueil des*

De ese modo, cada situación privada internacional se califica siempre en el mismo sentido, sin que importe qué Ley estatal sea aplicable al fondo del asunto. Es una solución de sencilla aplicación por los tribunales.

- 3º) *Argumento sistemático*. La norma de conflicto es una norma que pertenece al Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Por ello, parece lógico que sea tal Derecho el que lleve a cabo la calificación. Una norma jurídica debe ser interpretada con arreglo a los criterios del Derecho del Estado al que dicha norma pertenece (*ejus est interpretari cujus est condere*), como hacen notar M. MEYZEAUD-GARAUD y D. GUTMANN<sup>62</sup>.

43. La Ley española (*lex fori*) se utiliza para otorgar una “primera calificación” al supuesto debatido, de modo que se le otorga una naturaleza jurídica “presunta” (*qualification primaire*), en palabras de H. LEWALD<sup>63</sup>. Esta naturaleza jurídica “presunta” es sólo una herramienta para determinar la norma de conflicto aplicable y el Derecho estatal que regulará la situación privada internacional, como indica expresamente el art. 12.1 CC. Y una vez designado el Derecho extranjero aplicable al caso, ese Derecho indicará si la situación privada internacional presenta relevancia jurídica, cuáles son los efectos jurídicos que se le atribuyen y su naturaleza jurídica. Esto es: la situación privada internacional es objeto de una “segunda calificación” (*califications en sous-ordre*) que se debe realizar con arreglo al Derecho extranjero aplicable (art. 15 Ley 218/95, de Derecho internacional privado Italia). Esta segunda calificación garantiza que el juez español operará como lo hubiera hecho el juez extranjero del país cuya Ley debe aplicarse, explica G. NOVELLI<sup>64</sup>. Un famoso caso de la jurisprudencia francesa, muy bien expuesto y explicado por L.-C. HENRY, revela la importancia de la segunda calificación (sentencia Cour de Cassation, Civ., Francia, 21 abril 1959, *Dufresnes*)<sup>65</sup>. El Sr. Dufresnes participó en la resistencia contra los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Fue deportado a un campo de concentración alemán debido a la delación de su esposa. Falleció en dicho campo de concentración tras haber sabido que su esposa lo había denunciado a sus captores y tras haberla desheredado a través de un testamento oral comunicado a sus compañeros detenidos en el campo de concentración. Acabada la guerra, se suscitó ante los tribunales franceses la cuestión de la validez del testamento del Sr. Dufresnes. La Ley que regía la validez formal del testamento era la Ley alemana, esto es, la Ley del país donde el testamento fue otorgado). Pues bien, visto que el Derecho alemán disponía de normas específicas sobre la validez jurídica de los actos otorgados en campos de concentración, el testamento fue calificado, -en su segunda calificación, como es obvio-, como un “acto otorgado en un campo de concentración” con arreglo a los criterios del Derecho alemán, actos que gozaban de reglas especiales para favorecer su validez.

44. El art. 12.1 CC rechaza de modo implícito, pero terminante, la llamada calificación “*lex causae*”<sup>66</sup>. Esta solución indica que la “naturaleza jurídica” de la situación privada internacional la debe fijar el Derecho estatal eventualmente designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, es decir, la *Lex Causae*, como fue expuestos por sus acérrimos defensores, entre los que destacan F. DESPAGNET, G. PACCHIONI y M. WOLFF<sup>67</sup>. No hay espacio para esta tesis en el precepto. El art. 12.1 CC deja claro que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará “*siem-*

*Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol. 143, pp. 1-138; Id., “Régimes matrimoniaux”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 730-750.

<sup>62</sup> M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, 4ª ed., Levallois-Perret, Bréal, 2014; D. GUTMANN, *Droit international privé*. 6ª ed., Dalloz, París, 2009, pp. 69-74.

<sup>63</sup> H. LEWALD, “Regles générales des conflits de lois (Contribution a la technique du droit international privé)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1939, vol.69, pp. 1-147, esp. pp. 67-72.

<sup>64</sup> G. NOVELLI, *Compendio di Diritto internazionale privato e processuale*, 7ª ed., Napoli, 2004, pp. 31-33.

<sup>65</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 21 abril 1959, *Dufresnes* [Dalloz, 1959, p. 521, note PH. MALAURIE].

<sup>66</sup> Las tesis alternativas a la calificación *lex fori* fueron ya expuestas en el clásico trabajo de F. DE CASTRO Y BRAVO, “La cuestión de las calificaciones”, *RDP*, 1933, pp. 217-249 y 265-286.

<sup>67</sup> F. DESPAGNET, “Des conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques”, *Journal de droit international Clunet*, 1898, pp. 253273; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano. Parte prima, Le preleggi. Vol. II - Diritto internazionale privato (Artt. 6-12 disp. prel. cod. civile)*, CEDAM, 1934, pesp. pp. 98-101; M. WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschland*, 3ª ed., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1954, pp. 86-87.

*pre*” con arreglo a la ley española. El adverbio “*siempre*” impide encontrar excepciones a la solución *lex fori* en el marco del art. 12.1 CC.

45. Sin embargo, una mirada crítica y realista a la jurisprudencia española de los últimos cincuenta años demuestra, sin excesivo esfuerzo intelectual, que el art. 12.1 CC ha sido aplicado en sintonía con una tercera tesis: la tesis de la calificación autónoma de los conceptos empelados por las normas de conflicto españolas. La tesis se debe al sin par genio del gran jurista E. RABEL, al que siguieron posteriormente con convicción y devoción, F. DE CASTRO y L. MERIGGI<sup>68</sup>.

Estos autores integran la llamada “tercera escuela” (*Die dritte Schule*). Según dicha tesis, el Derecho internacional privado constituye una rama del Derecho estatal independiente del Derecho Civil interno. Sus normas regulan realidades distintas y utilizan, por ello y para ello, un aparato conceptual propio y diferente del que maneja el Derecho Civil. A partir de dicho presupuesto, es fácil afirmar que conceptos empleados como “supuestos de hecho” de las normas de conflicto son “conceptos autónomos de Derecho internacional privado” o “conceptos propios de Derecho internacional privado”, como los denominan B. HAFTEL, L.-C. HENRY<sup>69</sup>. Tales conceptos deben definirse de una forma autónoma, propia del Derecho internacional privado. Tales conceptos presentan un significado diferente al que tienen en Derecho Civil y Mercantil. Y, generalmente, estos conceptos propios del Derecho internacional privado son conceptos muy amplios, pues de ese modo pueden designar correctamente la Ley aplicable a los muy distintos y heterogéneos casos internacionales. De este modo, E. RABEL impugna la tradicional tesis de E. BARTIN y proclama la “independencia conceptual del Derecho internacional privado” en relación con el Derecho Civil<sup>70</sup>. La nueva tesis gana adeptos rápidamente. Es, además, una tesis pragmática y de aplicación sencilla.

En la práctica, la técnica de la “calificación autónoma” está desplazando a las dos tesis clásicas, como ya puso de relieve la doctrina italiana hace años<sup>71</sup>. En efecto, muchos tribunales españoles la siguen de modo implícito. Esta técnica para llevar a cabo la calificación encaja perfectamente en el art. 12.1 CC. Este precepto marca los puntos básicos de la calificación e indica al respecto lo que sigue: (a) Está prohibido que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se realice con arreglo a las categorías jurídicas de un Derecho extranjero; (b) La calificación del supuesto legal debatido debe llevarse a cabo dentro de los parámetros conceptuales del “Derecho español”; (c) El art. 12.1 CC es una “norma de aplicación”, esto es, una norma adjetiva al servicio de las normas de conflicto, no al servicio de las normas de Derecho material español. En tal sentido, el art. 12.1 CC debe operar en el escenario internacional, esto es, debe aplicarse para mejorar la regulación de la realidad internacional, lo que evidentemente no se consigue con una mera y simplista utilización nacionalista de las categorías conceptuales del Derecho material español como supuestos de hecho de las normas de conflicto; (d) El art. 12.1 CC no obliga a acudir a las categorías jurídicas del Derecho civil, mercantil o laboral español, pues el precepto se refiere, genéricamente, al “Derecho español” y no al Derecho “interno”, “material” o “sustancial” español. Nótese que el art. 12.1 CC no se refiere a la Ley “material” española como sí lo hace, por ejemplo, el art. 12.2 CC, y hubiera podido hacerlo sin dificultad alguna. Por ello, en el contexto del “Derecho español”, el art. 12.1 CC permite que el intérprete acuda a categorías jurídicas del “Derecho internacional privado español”. En consecuencia, el operador jurídico puede atribuir un “significado propio de Derecho internacional privado” a los términos legales empleados por las normas de conflicto españolas. En suma, es posible atribuir a los supuestos de hecho de las normas de conflicto españolas, un significado que arranca del Derecho interno español pero que evoluciona, se adapta y se desarrolla para

<sup>68</sup> L. MERIGGI, “Les qualifications en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 201234; ID., “Saggio critico delle qualificazioni”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pp. 189308; E. RABEL, “Das Problem der Qualification”, *RabelsZ.*, 1931, pp. 241288 y *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 1-19; F. DE CASTRO Y BRAVO, “La cuestión de las calificaciones”, *RD*, 1933, pp. 217-249 y 265-286.

<sup>69</sup> L.-C. HENRY, *L'essentiel du droit international privé*, Gualino, lextenso éditions, París, 7ª ed, 2018, pp. 33-35; B. HAFTEL, “Entre ‘Rome II’ et ‘Bruxelles I’: l’interprétation communautaire uniforme du règlement ‘Rome I’”, *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 761-788.

<sup>70</sup> E. RABEL, “Das Problem der Qualification”, *RabelsZ.*, 1931, pp. 241288 y *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 1-19.

<sup>71</sup> E. VITTA, “Aspetti di una riforma del Diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1986, vol.LXIX, pp. 4-37; P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato*, UTET Libreria, Torino, ristampa accresciuta, 1990, pp. 191-194.

una correcta regulación de la realidad jurídica internacional. De ese modo, puede afirmarse que el art. 12.1 CC. admite una calificación del supuesto fáctico hecho con arreglo a unos conceptos “españoles” pero que es perfectamente posible acudir a conceptos “del Derecho internacional privado español” y no necesariamente del Derecho material español. Se alcanza, así, la “autonomía relativa de los conceptos de Derecho internacional privado” en bien conocida expresión empleada por H. BATIFFOL, aceptada sin fisuras por doctrina posterior con entusiasmo dogmático<sup>72</sup>.

En ocasiones, el mismo legislador ya presenta, de manera explícita, el concepto propio de Derecho internacional privado a emplear por la norma de conflicto: “conceptos materiales propios de Derecho internacional privado”, “conceptos amplios propios de Derecho internacional privado”, y “conceptos externos”. Sin embargo, el problema más agudo se presenta cuando la norma de conflicto utiliza un concepto aparentemente idéntico al que utilizan las normas de Derecho material interno español: contratos (art. 10.5 CC), matrimonio (art. 49 CC), capacidad (art. 9.1 CC), etc. Pues bien, en estos casos, la mayor parte de la doctrina indica que debe arrancarse de los conceptos existentes en el Derecho material español. Tales conceptos constituyen, tan solo, un “punto de partida interpretativo”, aclara F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>73</sup>. Tales conceptos deben ser sometidos a una “interpretación o redefinición internacional” que se lleva a cabo a través diversas variables (art. 3.1 CC): (a) La “función internacional” del Derecho internacional privado; (b) La “realidad social internacional” que debe regularse, como sugieren, entre otros, R. WIGNY y G. BARILE<sup>74</sup>. Ello desemboca, generalmente, en un “estiramiento” de los conceptos proporcionados por la *Lex Foro*, según la famosa expresión de H. BATIFFOL<sup>75</sup>. Ejemplo: el concepto de “matrimonio” empleado por los arts. 49 y 50 CC arranca del concepto de “matrimonio” propio del Derecho civil español, pero se “redefine” y se “estira” para que pueda cubrir, por ejemplo, un matrimonio poligámico y un matrimonio *solo consensu*, que son instituciones que el Derecho civil español no considera “matrimonios”. Los tribunales recurren con frecuencia a esta segunda tesis: la norma de conflicto emplea conceptos con un “significado propio de Derecho internacional privado”, conceptos que se forman a partir de las categorías de la *Lex Fori* pero que se desarrollan, se adaptan y se concretan a fin de alcanzar una regulación correcta de la realidad internacional.

Para elaborar conceptos propios de Derecho internacional privado y emplearlos en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, ciertos expertos defendieron que no era preciso arrancar de los parámetros conceptuales de la *lex fori*, sino que era posible una auténtica tesis comparatista. En efecto, según E. RABEL, F. DE CASTRO y L. MERIGGI, para definir estos conceptos debía recurrirse a un análisis de Derecho comparado<sup>76</sup>. Se elabora así un conjunto refinado de conceptos propios de Derecho internacional privado comunes a todos los países civilizados. La idea es muy interesante. Sin embargo, resulta de difícil realización práctica, porque estos conceptos autónomos propios del Derecho internacional privado extraídos del Derecho comparado son excesivamente inciertos y subjetivos, si es que son posibles, como critican J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ sobre las ideas ya expuestas por J. DERRUPPE<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> H. BATIFFOL, “The Objectives of Private International Law”, *AJCL*, vol.15, 1966/1967, pp. 159-165 y en *Choix d’articles (rassemblés par ses amis)*, LGDJ, París, 1976, pp. 33-36; B. ANCEL, *Les conflits de qualifications a l’épreuve de la donation entre époux*, París, Dalloz, 1977; ID., “L’objet de la qualification”, *Journal de droit international Clunet*, 1980, vol.107, pp. 227268; V. HEUZÉ, “De la compétence du principe d’origine en matière contractuelle ou l’anti droit européen”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-416; B. HAFTEL, “Revirement et extension du champ de la ‘matière contractuelle’ dans les relations à trois personnes: CJUE, 7 mars 2018, no. C-274/16, C-447/16 et C-448/16, Flightright, CJUE, 4 oct. 2018, no. C-337/17, Feniks”, *Revue des contrats*, 1, 2019, pp. 85-89; B. HAFTEL, “Entre ‘Rome II’ et ‘Bruxelles I’: l’interprétation communautaire uniforme du règlement ‘Rome I’”, *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 761-788.

<sup>73</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 6ª ed., 2021, pp. 317-320.

<sup>74</sup> R. WIGNY, “Les qualifications”, *Revue critique de droit international privé*, 1936, pp. 392-432; G. BARILE, “Qualificazione (diritto internazionale privato)”, *AA.VV., Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano*, Milán, t.XXXVIII, 1988, pp. 1-22.

<sup>75</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 1956, pp. 29-52.

<sup>76</sup> L. MERIGGI, “Les qualifications en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 201234; ID., “Saggio critico delle qualificazioni”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pp. 189308; E. RABEL, “Das Problem der Qualification”, *RabelsZ.*, 1931, pp. 241288 y *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 1-19; F. DE CASTRO y BRAVO, “La cuestión de las calificaciones”, *RD*, 1933, pp. 217-249 y 265-286.

<sup>77</sup> J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Droit international privé*, 19ª ed., París, Dalloz, 2017, pp. 116.

## b) La calificación en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España

46. El art. 12.1 CC no es aplicable en relación con los supuestos regulados por los convenios internacionales en vigor en Derecho español. Los convenios internacionales vigentes para España contienen normas de conflicto están destinadas a ser aplicados por tribunales de países con concepciones jurídicas muy diversas. Recurrir a la regla de la calificación según la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*) llevaría a que cada tribunal calificase una misma institución según la concepción que en su Derecho se tiene de la misma. Habría diferentes calificaciones, se aplicarían normas de conflicto diferentes y también sería diferente la Ley aplicable. De ese modo, el convenio internacional no proporcionaría soluciones uniformes, que es, precisamente, lo que pretende el instrumento legal internacional en cuestión.

Los convenios internacionales que contienen soluciones uniformes de Derecho internacional privado deben ser interpretados de modo uniforme. En caso contrario, la “uniformidad de soluciones” que el instrumento legal internacional persigue, se desvanece, como ya apuntara E. BARTIN y como dejó claro el fundamental y en su momento sorprendente estudio de P. LAGARDE<sup>78</sup>. Los instrumentos legales internacionales adoptan distintas posturas al respecto.

47. En primer lugar, algunos convenios internacionales acogen la calificación según la *lex fori*. Esta postura comporta resultados claramente negativos. En efecto, ello suscita una disparidad de soluciones según cuál sea el tribunal estatal competente. Ejemplo: el Convenio de La Haya de 15 junio 1955 sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de bienes muebles corporales, -no en vigor para España-, indica que la cuestión de qué debe entenderse por “venta” debe decidirse según el Derecho del país al que pertenece el tribunal que conoce del asunto. Así, un tribunal italiano puede estimar que, con arreglo al Derecho italiano, un contrato “A” es una “venta”, mientras que un tribunal francés puede estimar que, con arreglo al Derecho francés, el mismo contrato “A” es un “arrendamiento”.

48. En segundo término, por fortuna, la mayor parte de los convenios internacionales que contienen normas de conflicto recurre a diversas técnicas que tratan de asegurar que todos los tribunales que aplican tales instrumentos legales internacionales califiquen del mismo modo las situaciones que se les presentan. Las “técnicas de calificación uniforme” son muy numerosas y son compatibles entre sí, como demuestra el estudio de B. ANCEL.

Ciertos convenios internacionales proporcionan conceptos válidos sólo a sus efectos y los definen materialmente. Ejemplos: el concepto material propio de “accidente de circulación” (art. 1.2 Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera; el concepto de “producto” (art. 2 Convenio sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos).

Algunos convenios internacionales instan a los tribunales a que definan los conceptos de manera uniforme teniendo presente el “carácter internacional” de las normas del Convenio (art. 7.1 CVIM).

En ocasiones, los convenios internacionales “califican” los supuestos controvertidos y precisa cuál es su “naturaleza jurídica”. Ejemplo: el art. 5 Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 (forma de las disposiciones testamentarias) califica las limitaciones para testar por razón de la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, como “cuestiones de forma”. Una vez calificadas tales cuestiones como “cuestiones de forma”, se aplicará, para determinar su Ley aplicable, la norma de conflicto que precisa la Ley aplicable a la forma de los testamentos.

Determinados convenios internacionales contienen una norma de conflicto que indica la Ley estatal con arreglo a la que debe precisarse el concepto. Ejemplo: el art. 12 del Convenio de La Haya de

<sup>78</sup> E. BARTIN, “Le droit conventionnel envisagé comme source du droit international privé en France”, *Journal de droit international Clunet*, 1927, vol.54, pp. 533; E. BARTIN, “La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1930, vol.31, pp. 561620; Id., “De l’impossibilité d’arriver à la suppression définitive des conflits de lois”, *Journal de droit international Clunet*, 1897, pp. 225255, 466495 y 722728; P. LAGARDE, “Les interprétations divergentes d’une loi uniforme, donnent-elles lien à un conflit de lois? (à propos de l’arrêt *Hocke* de la Section commerciale du 4 mars 1963)”, *Revue critique de droit international privé*, 1964, pp. 235-251.



5 octubre 1961 [protección de menores], hoy ya sustituido, para España, por el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, indica que el concepto de “menor” debe extraerse del Derecho del país cuya nacionalidad ostenta el menor y del Derecho del país en cuyo territorio tiene su residencia habitual el menor.

Otros convenios internacionales indican que el concepto debe definirse con arreglo a la Ley a la que remiten las normas de conflicto de un Estado.

La mayor parte de los convenios internacionales indican las cuestiones de naturaleza jurídica controvertida que quedan reguladas por la Ley aplicable a una determinada institución. Ejemplo 1: el art. 8 del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 [accidentes de circulación por carretera] indica que la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, se aplica, entre otros aspectos, a “las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de los plazos”. Por tanto, la espinosa cuestión de la “prescripción de la acción” queda implícitamente “calificada” como una cuestión de “responsabilidad extracontractual” y no como una “cuestión procedimental”.

### c) La calificación en el Derecho internacional privado europeo

49. El art. 12.1 CC no se aplicable a la calificación de situaciones privadas internacionales que están reguladas por normas de conflicto del Derecho internacional privado europeo. Dicho y asumido lo anterior, debe ponerse de relieve que, como es lógico, las cuestiones de calificación surgen de modo inevitable también en el Derecho internacional privado de la UE. Al respecto, varios datos importantes deben subrayarse.

El Derecho internacional privado europeo carece de una norma de funcionamiento general que indique cómo resolver el problema de la calificación.

Lo anterior no significa que el legislador europeo no proporcione una solución adecuada a la siempre espinosa cuestión de la calificación. La solución existe y se conoce como “método de la precisión unilateral del ámbito de aplicación material de cada Reglamento europeo”.

El método unilateral europeo “Reglamento por Reglamento” consiste, explican de modo más que brillante T. VIGNAL y F. BERNER, en lo siguiente<sup>79</sup>. Cada Reglamento europeo determina, de modo propio e independiente, la materia a la que es aplicable, esto es, las situaciones jurídicas internacionales cubiertas por el mismo. El operador jurídico debe sólo comprobar que la situación jurídica concreta debatida aparece cubierta por un específico Reglamento europeo y si es así, el Reglamento en cuestión se aplicará y sus normas de conflicto fijarán la ley aplicable a la situación jurídica debatida.

Este método presenta tres ventajas que no pueden discutirse. En primer lugar, es un método sencillo para el operador jurídico, que debe solamente tener presentes conceptos jurídicos europeos. En segundo lugar, es un método uniforme, pues todos los tribunales de todos los Estados miembros determinan del mismo modo el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos. En tercer lugar, es un método que, en teoría, no puede caer jamás en contradicciones. En efecto, al ser elaborados todos los Reglamentos por el mismo legislador, -el legislador europeo-, toda cuestión litigiosa recibe una sola calificación y sólo un Reglamento europeo es aplicable a cada cuestión litigiosa.

50. Este método unilateral europeo hace completamente inútiles, en el marco jurídico europeo, las clásicas y decimonónicas teorías de la calificación *lege fori* y *lege causae*. Es irrelevante, recuerda F. BERNER, la calificación jurídica que la cuestión debatida reciba en la *lex fori*, esto es, en la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto<sup>80</sup>. Es también irrelevante la calificación jurídica

<sup>79</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 69-77; F. BERNER, «Implizite Qualifikationsvorgaben im europäischen Kollisionsrecht», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 87, 2023, n.2, pp. 236-263; F. BERNER, “Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hoheitsinteressen und wohlerworbenen Rechten”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-12.

<sup>80</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 69-77; F. BERNER, «Implizite Qualifikationsvorgaben im europäischen Kollisionsrecht», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume

que la cuestión debatida reciba en la *Lex Causae*, esto es, en la Ley que rige el fondo del asunto, sea ésta la que sea. Así, en el caso de que un ciudadano alemán reclame a otro ciudadano alemán, ante juez español, la entrega de un bien inmueble situado en España y previamente donado en documento privado, es totalmente irrelevante si para el Derecho español y/o alemán la donación es un “contrato”, un “modo de adquirir la propiedad” o un caso de “sucesión *mortis causa* anticipada”. Con otras palabras: es irrelevante la naturaleza jurídica de la cuestión en los Derechos nacionales. Lo único que es relevante es la calificación de este acto jurídico a la luz del Derecho de la UE. Puede afirmarse así que la calificación debe realizarse *lege europae*. En el ejemplo anterior, el operador jurídico debe limitarse a atribuir al acto jurídico una “calificación europea”. Así, podrá decir que el acto jurídico entre los dos ciudadanos alemanes es, para el Derecho de la UE, “materia contractual”, esto es, un acto jurídico de naturaleza o carácter “contractual”.

**51.** El método unilateral europeo “Reglamento por Reglamento”, que consiste, como se ha indicado, en que cada Reglamento europeo precisa de modo propio e independiente, su ámbito de aplicación material, opera a través de dos elementos hermenéuticos fundamentales.

**52.** En primer lugar, mediante la definición europea de las materias reguladas. Para precisar las materias reguladas, las materias cubiertas por el Reglamento en cuestión, cada Reglamento europeo emplea dos técnicas precisas y distintas pero complementarias.

- 1º) *Técnica del concepto general europeo*. En primer término, se define en abstracto, mediante conceptos generales, la materia regulada: obligaciones extracontractuales, obligaciones contractuales, divorcio, sucesión por causa de muerte, etc. Estos “conceptos generales” se definen *mos europeus*, esto es, son conceptos autónomos, conceptos propios del Derecho de la UE que no se extraen de ninguna Ley nacional concreta. Así, existe un concepto europeo de “obligaciones contractuales”, un concepto europeo de “obligaciones extracontractuales”, un concepto europeo de “sucesión *mortis causa*”, etc. Ahora bien, con frecuencia, los Reglamentos europeos no recogen estos “conceptos generales”. En tales supuestos, es el TJUE el que interpreta y define el concepto europeo de la materia objeto de regulación por un Reglamento de la UE (SAP Asturias 7 febrero 2018 [lesiones sufridas en hotel sito en Francia])<sup>81</sup>. Ejemplo: El Reglamento Roma I se aplica a las “obligaciones contractuales”. Pues bien, el TJUE entiende que la noción “materia contractual” = “obligaciones contractuales” es autonomía y propia del Derecho de la UE y no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado en concreto. El TJUE, en esta línea, por ejemplo, ha entendido que la “materia contractual” comprende los litigios derivados de un “*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*”. Así, por ejemplo, una donación de inmueble está cubierta por el concepto “obligaciones contractuales” del citado Reglamento Roma I. También la promesa de pública recompensa.
- 2º) *Técnica de las cuestiones reguladas “en particular”*. Cada Reglamento europeo contiene además, bajo la rúbrica “ámbito de la Ley aplicable”, una detallada lista de cuestiones que deben considerarse reguladas, en particular, por dicho texto legal. Se trata de una lista de cuestiones concretas, normalmente complicadas y de calificación discutida y discutible, que el legislador europeo califica como cuestiones cubiertas por el ámbito material del Reglamento en cuestión. De ese modo directo solventa el problema suscitado por ciertas cuestiones cuya calificación ha sido, tradicionalmente, objeto de disputa. Así se puede apreciar en numerosas disposiciones de Derecho internacional privado europeo: art. 12 RR-I [obligaciones contractuales], art. 15 RR-II [obligaciones extracontractuales], Cons. [10]

87, 2023, n.2, pp. 236-263; F. BERNER, “Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hoheitsinteressen und wohlerworbenen Rechten”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-12.

<sup>81</sup> SAP Asturias 7 febrero 2018 [ECLI: ES:APO:2018:293].

RR-III [Ley aplicable al divorcio], art. 11 PLH 2007 [alimentos], etc. Así, por ejemplo, el art. 12.1 RR-I establece que la prescripción de la acción para reclamar la entrega de la cosa en la compraventa es una cuestión cubierta por la noción “materia contractual”. Para el legislador europeo, éste es una cuestión que debe calificarse como cuestión “contractual” y no como cuestión “procesal”.

53. En segundo lugar, mediante un elemento negativo: las cuestiones expresamente excluidas del ámbito material de cada Reglamento. Cada Reglamento excluye de su ámbito de aplicación material ciertas cuestiones que pueden suscitar dudas calificatorias. Ejemplo: el art. 1.2.c) RR-I indica que están excluidas del ámbito espacial de aplicación del Reglamento Roma I las “*obligaciones que se deriven (...) de testamentos y sucesiones*”. Por ello, para el Derecho internacional privado europeo, un contrato sucesorio no puede ser calificado como “materia contractual” regulada por el Reglamento Roma I.

54. En conclusión, puede afirmarse que mediante el método unilateral europeo “Reglamento por Reglamento”, el operador jurídico debe: (a) calificar, con arreglo a los elementos hermenéuticos que proporciona cada Reglamento europeo, la cuestión de fondo debatida, la situación jurídica concreta de la que se trate; (b) aplicar, en consecuencia, el concreto Reglamento europeo que se auto-declara aplicable al caso concreto ya calificado, después sus normas de conflicto y por último la Ley estatal a la que éstas conducen.

55. Una vez calificada la cuestión debatida y detectado el Reglamento europeo aplicable, las normas de conflicto del mismo determinarán el Derecho estatal aplicable. Ese sistema jurídico indicará si la situación privada internacional presenta relevancia legal, cuáles son los efectos jurídicos que se le atribuyen y su naturaleza jurídica. Esto es: la situación privada internacional es objeto de una “segunda calificación” (*califications en sous-ordre*) que se debe realizar con arreglo al Derecho extranjero aplicable (*lex causae*).

#### **d) Ámbito operativo actual del art. 12.1 CC**

##### **(i) Primacía de los convenios internacionales y del Derecho europeo sobre el art. 12.1 CC**

56. El art. 12.1 CC es, hoy día, un precepto con escaso relieve práctico. Ello obedece a diversas razones.

57. En primer lugar, la primacía del Derecho internacional privado europeo sobre el Derecho internacional privado español comporta que el art. 12.1 CC presente, hoy día, un ámbito material de aplicación real muy reducido. El art. 12.1 CC no es aplicable en la actualidad en relación con los contratos internacionales, las obligaciones extracontractuales, el divorcio y la separación judicial, la insolvencia transfronteriza, los alimentos, los efectos económicos del matrimonio y las sucesiones *mortis causa*. Todas estas materias se rigen por instrumentos legales europeos que impiden la aplicación del art. 12.1 CC. El art. 12.1 CC sólo es aplicable cuando es preciso calificar la situación jurídica para decidir qué norma de conflicto española, y no europea, es aplicable. Del mismo modo, el art. 12.1 CC no se aplica en relación con la calificación de instituciones jurídicas reguladas por convenios internacionales vigentes para España, que disponen de sus propias técnicas para resolver la cuestión.

58. En segundo lugar, el art. 12.1 CC suscita un problema técnico grave en el caso de que se trate de calificar una institución jurídica cuya naturaleza jurídica no es clara en Derecho español. La tesis *lex fori* intenta solventar un problema, la subsunción del hecho social en el “supuesto de hecho” de la norma de conflicto, mediante “otro problema”, la precisión de la “naturaleza jurídica” de la institución. Pues bien: la precisión de la naturaleza jurídica de las instituciones es una operación muy problemática que no garantiza resultados fiables. En efecto: los expertos civilistas llevan siglos envueltos en la polémica.

mica de averiguar la “naturaleza jurídica” de ciertas instituciones y los resultados no están nada claros. Ejemplos no faltan: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la llamada “multipropiedad”? ¿Es un contrato, un derecho real, una cuestión de Derecho societario? ¿Y cuál es la “naturaleza jurídica” de la posesión, de las litis-expensas, del matrimonio, de los esponsales, de la donación, del alquiler de útero, de la venta de órganos corporales, de la entrega de material genético, etc.? Conclusión: utilizar una técnica eternamente problemática propia del Derecho civil y de la “jurisprudencia de conceptos” no parece la herramienta más adecuada para resolver la compleja cuestión de la “calificación” en Derecho internacional privado. Este hecho explica el éxito de dos tesis modernas sobre la calificación: la “calificación autónoma” y la “calificación ejemplificativa”.

## (ii) Las instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español

59. En tercer lugar, *-punctum dolens* evidente del art. 12.1 CC-, este precepto no sirve para el caso más delicado complejo y grave de calificación: la calificación de las instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español. Fue éste un grave descuido del legislador español de 1974 que no supo ver el problema. En tal caso, se debe recurrir a otros mecanismos interpretativos, como la tesis de la calificación por la función, los conceptos amplios de Derecho internacional privado y otras técnicas, ya que una solución *lege fori* pura no resuelve la cuestión. En efecto, no es posible afirmar cuál es la naturaleza jurídica, en Derecho español, del *trust* anglosajón o de la *kafala* musulmana o del repudio islámico, pues tales instituciones no existen en Derecho español. Varias consideraciones pueden resultar adecuadas en este momento.

(a) Calificar con arreglo a las categorías del Derecho material español, una situación privada internacional relativa a estas “instituciones jurídicas desconocidas”, es imposible. Ejemplo 1: el *talaq* o “repudio” propio de ciertos países musulmanes, no puede definirse jurídicamente ni como un “divorcio”, ni como una “separación judicial”, tal y como el ordenamiento jurídico español entiende estos conceptos e instituciones. El *talaq* es algo distinto, que no encaja en los caracteres del divorcio o de la separación judicial tal y como se regulan en Derecho español. Ejemplo 2: el *trust* anglosajón no es un derecho real ni un contrato ni un testamento ni una sociedad. Tampoco constituye una mera “suma” de tales instituciones. Es algo diferente. Ejemplo 3: El *mahr* del Derecho musulmán, mal traducido en España y en general pésimamente traducido en Occidente, como la “dote”, no es parte del régimen económico matrimonial ni es una donación *propter nuptias*, ni es un contrato matrimonial (*vid.* art. 26.II Moudawwana Marruecos 2004). Por tanto, calificar estas instituciones con arreglo al Derecho material español, es imposible e inútil. La calificación con arreglo al Derecho material español sólo puede resolver los problemas de calificación que presentan las instituciones jurídicas de naturaleza jurídica “controvertida” pero, en todo caso, “conocidas” en Derecho español: la posesión, la indignidad para suceder, las litispexpensas, la edad requerida para otorgar testamento, etc. Cuando se trata de una institución desconocida para el Derecho español, la tesis de la calificación con arreglo al Derecho material español (= calificación *lege fori*) no aporta solución alguna.

(b) No todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo “grado de desconocimiento” en Derecho español, como ya fuera indicado por J. GARDE CASTILLO en su clásica aportación al estudio del tema<sup>82</sup>. Por ello, resulta necesario practicar con detalle y cuidado una distinción básica.

En primer lugar, existen instituciones jurídicas que despliegan, en Derecho extranjero, una función similar a la que en Derecho español desarrollan otras instituciones jurídicas. Ejemplos: la *kafalah* musulmana, el repudio o *talaq* del Derecho musulmán, los acuerdos prematrimoniales anglosajones o *pre-nups*, la separación de cuerpos del Derecho colombiano (SAP Burgos 30 julio 2007 [divorcio entre ciudadanos colombianos])<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> J. GARDE CASTILLO, *La “institución desconocida” en Derecho internacional privado*, Valladolid, Escuela de formación profesional Onésimo Redondo de la Delegación Sindical, Valladolid, 1947, pp. 12-19.

<sup>83</sup> SAP Burgos 30 julio 2007 [CENDOJ 09059370022007100245].

En segundo término, existen también instituciones jurídicas extranjeras “verdaderamente desconocidas” en Derecho español, porque despliegan, en Derecho extranjero, funciones que ninguna institución jurídica española contempla o persigue. El caso más notorio es el *trust* anglosajón.

60. Para solventar este problema de la calificación de instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español, debe arrancarse de la función que desarrolla, en el Derecho extranjero, la institución legal que es preciso calificar para determinar la norma de conflicto española que resultará aplicable. En esta perspectiva, tres soluciones son posibles: a) Tesis de los “conceptos amplios” de Derecho internacional privado; b) Tesis de la “calificación por la función”; c) Tesis de la “creación jurisprudencial de la norma de conflicto”.

- a) *Primera tesis. Los “conceptos amplios positivos”*. Ciertas normas de conflicto españolas utilizan, deliberadamente, “conceptos amplios” como “supuestos de hecho”. De ese modo, ciertas instituciones “no conocidas en el Derecho español”, pero que desarrollan una función similar a la que despliegan en Derecho español otras figuras sí conocidas, pueden ser subsumidas fácilmente en el “supuesto de hecho” de la norma de conflicto. Ejemplo 1: el art. 9.6.I CC señala la Ley aplicable a la “protección de menores”. Ejemplo 2: el art. 9.3 CC indica la Ley reguladora de los “pactos” o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio.
- b) *Segunda tesis. La “calificación por la función” o “método analógico”*. Se trata de una tesis impulsada por el gran jurista francés H. BATIFFOL<sup>84</sup>. Coincide con la tesis de la calificación autónoma que forma sus conceptos a partir del Derecho material español pero que los somete a un proceso de “evolución conceptual” para regular de manera correcta la realidad internacional. Varios aspectos relativos a esta tesis deben destacarse.

Esta tesis indica que la “calificación” de las instituciones desconocidas debe descomponerse en dos fases: (a) *Primera fase o “fase de definición” (“phase d’analyse”)*. Se analiza la función que desarrolla la “institución desconocida” en el Derecho extranjero a cuyo amparo se creó o conforme a la que se ejercita la acción, como muestra la doctrina francesa que se ha ocupado del espinoso tema del *trust* anglosajón<sup>85</sup>. Se consulta el Derecho extranjero sólo “a título informativo”, con el objetivo de averiguar la “función” que la institución desarrolla en el Derecho extranjero, explica H. BATIFFOL y B. AUDIT<sup>86</sup>; (b) *Segunda fase o “fase de decisión” (“phase de jugement”)*. Debe hallarse una institución jurídica del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que desarrolle la función que la institución desconocida despliega en el ordenamiento extranjero o, al menos, una “función similar” o “equivalente” (Resolución IDI 27 octubre 2007). Pues bien: la norma de conflicto que señala la Ley aplicable a esta institución “conocida”, señalará también la Ley aplicable a la institución extranjera “desconocida”, tal y como puso de relieve en su momento L. RAAPE con ocasión de su famoso curso en la Academia de La Haya de Derecho internacional<sup>87</sup>. La “equivalencia” de la función desarrollada no debe ser absoluta. Ello será prácticamente imposible. Debe ser, eso sí, una equivalencia “suficiente”, señala L. HÜBNER<sup>88</sup>. También pueden encontrarse distintas instituciones jurídicas en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que, “sumadas”, desarrollan la misma función que la institución extranjera desconocida.

<sup>84</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, esp. pp. 474-490.

<sup>85</sup> B. BERAUDO, “La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative a la loi applicable au trust et a sa reconnaissance”, *TCFDIP*, 1985-1986, pp. 21-41; M.J.D. BREDIN, “L’évolution du trust dans la jurisprudence française”, *TCFDIP*, 1973-1975, Paris, 1977, pp.137-160; J. HAINAUT / E. VILLELA, *Le cas pratique en droit international privé*, 2ª ed., ellipses, Paris, 2009.

<sup>86</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, esp. pp. 486-490; B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, pp. 219398.

<sup>87</sup> L. RAAPE, “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.50, pp. 405544.

<sup>88</sup> L. HÜBNER, “Substitution im französischen Hypothekenrecht (Cour de cassation, 14.4.2016 – Nr. 15-18157)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-4, pp. 447-450.

Esta tesis resulta muy útil en ausencia de una norma de conflicto que utilice “conceptos amplios” como supuestos de hecho. Ejemplo: para calificar el matrimonio poligámico propio del Derecho musulmán, debe tenerse en cuenta que los arts. 49 y 50 CC no utilizan “conceptos amplios” en su supuesto de hecho, ya que se refieren exclusivamente a la Ley aplicable a la forma del “matrimonio” y no a las uniones entre más de dos personas, que no son un “matrimonio” en Derecho civil español.

Esta tesis, -que, como subraya J.-L. ELHOUEISS, es el producto cuidado y ponderado de una mezcla de calificación *lege fori* y *lege causae*-, y alcanza resultados muy similares a los que proporciona la tesis de la “calificación autónoma”<sup>89</sup>. En efecto, gracias a la tesis de la calificación por la función, los conceptos jurídicos utilizados por las normas de conflicto se “estiran” y se “expanden” para cubrir, incluso, instituciones jurídicas extranjeras “desconocidas”.

Sin embargo, esta tesis de la “calificación por la función” no sirve para señalar la Ley aplicable a una institución jurídica extranjera que sea completamente desconocida en Derecho español. No sirve, explican P. MAYER y E. VITTA, para calificar un supuesto en el que sea imposible encontrar, en Derecho español, una institución jurídica que desarrolle una función similar a la desplegada por la institución legal extranjera en el Derecho extranjero<sup>90</sup>. Algunos casos de instituciones completamente desconocidas en Derecho español pueden citarse: (a) El *trust* anglosajón: relación jurídica creada por acto *inter vivos* o *mortis causa* por una persona, constituyente del *trust*, mediante la colocación de bienes bajo el control de otra persona, *trustee*, en interés de un beneficiario, *beneficiary*, o con un fin determinado; (b) El *ketubah* del Derecho judío: promesa a la mujer de ventajas materiales en el matrimonio que permiten asegurar su bienestar en caso de defunción del marido o de divorcio; (c) El *lobola* o matrimonio mediante compra previsto en el Derecho sudafricano (*vid.* Section 11(1) de la *Bantu Administration Act*, núm.38 de 1927). Los célebres “daños punitivos” del Derecho norteamericano y de otros países de *Common Law*, así como los daños por litigación temeraria del Derecho italiano, -muy bien explicados por H. WAIS-, son buenos ejemplos de instituciones jurídicas desconocidas con un impacto real en el escenario legal internacional del siglo XXI<sup>91</sup>.

- c) *Tercera tesis. Creación jurisprudencial de una norma de conflicto “ad hoc”*. En casos extremos, esto es cuando la institución jurídica extranjera desarrolla, en Derecho extranjero, una función que no despliega ninguna institución jurídica en Derecho español, las dos soluciones anteriores son inviables. Pero una tercera solución es siempre posible. Se trata de permitir que los tribunales, mediante un desarrollo judicial, puedan “crear” una específica norma de conflicto que señale la Ley aplicable a la “institución desconocida”, opción por la que la doctrina española muestra una querencia evidente, como se aprecia desde la clásica contribución de J. GARDE CASTILLO hasta las mucho más recientes aportaciones de S. ALVAREZ GONZÁLEZ, M. CHECA MARTÍNEZ y M.A. ASÍN CABRERA<sup>92</sup>. La tendencia, sin embargo, no es unánime, pues otros autores, como C. GONZÁLEZ BEILFUSS y M. VIRGÓS SORIANO, la rechazan y prefieren descomponer la figura legal extranjera, -en concreto, el *trust* anglosajón-, y aplicarle diversas normas de conflicto por analogía<sup>93</sup>. Varios aspectos pueden subrayarse al respecto: 1º) Los tribunales deben poder “crear Derecho internacional privado” cuando

<sup>89</sup> J.-L. ELHOUEISS, “Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé”, *Journal de droit international Clunet*, 2005, pp. 281-313.

<sup>90</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato* (tres volúmenes), UTET, Torino, 1973, pp. 319-321; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 121-134.

<sup>91</sup> H. WAIS, “Schadenersatz wegen mutwilliger Klage nach italienischem Recht und deutscher ordre public (BGH, S. 432)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-4, pp. 397-401.

<sup>92</sup> J. GARDE CASTILLO, La “institución desconocida” en Derecho internacional privado, Valladolid, *Escuela de formación profesional Onésimo Redondo de la Delegación Sindical*, Valladolid, 1947;

<sup>93</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Art. 12.1 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 842-880; M. CHECA MARTÍNEZ, *El ‘trust’ angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998; Mª.A. ASÍN CABRERA, “La Ley aplicable al Trust en el sistema de DIPr. español”, *RGD*, 1990, pp. 2089-2120.

<sup>93</sup> *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución anglo-americana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch y M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

el legislador no proporciona soluciones satisfactorias de Derecho internacional privado, ya que en todo caso, están obligados a resolver el caso (art. 1.7 CC); 2º) Para crear la “norma de conflicto” específica deben tenerse en cuenta los “principios generales del Derecho internacional privado”. Entre tales principios, el “principio de vinculación más estrecha” es el más importante. A tenor de este principio, una situación privada internacional debe regirse por el Derecho del país con el que tal situación está más estrechamente vinculado, pues ello beneficia a las partes implicadas al disminuir los costes de información de la Ley extranjera y al elevar las posibilidades de efectividad internacional de la solución ofrecida; 3º) La tesis convence. No “fuerza” las categorías del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) y permite dar una respuesta adecuada que satisface la “previsibilidad” de la Ley aplicable y que potencia el intercambio internacional entre los particulares.

**61.** Una vez determinada la norma de conflicto que va a indicar la “Ley aplicable” a la “institución desconocida”, se abren dos hipótesis.

- 1º) *Primera hipótesis: la Ley aplicable es una Ley extranjera que contempla y regula la institución que es desconocida en Derecho español.* Este caso no plantea problemas. Ejemplo: si un *trust* anglosajón queda regulado por el Derecho irlandés, ningún problema surge, nada hay que objetar y no se presentan problemas específicos, pues el Derecho irlandés conoce y regula el *trust*.
- 2º) *Segunda hipótesis: la Ley aplicable a la “institución desconocida” es una Ley de un Estado que no regula ni contempla tal institución.* Esta segunda hipótesis suscita enormes problemas. Es conveniente distinguir, con E. CASTELLANOS RUIZ, diversos casos que deben abordarse con estrategias jurídicas diferentes<sup>94</sup>.
  - a) *Tesis de la transposición.* Existen instituciones jurídicas extranjeras que, aunque son “desconocidas” en el Derecho material aplicable a la misma, sí persiguen fines que, en el Derecho material aplicable, cumplen otras figuras jurídicas. En este caso debe detectarse, en el Derecho aplicable a la cuestión, una institución que desarrolle una “función equivalente” a la desplegada por la “institución extranjera desconocida”. El régimen jurídico de esa “institución típica” será aplicable a la regulación material de la “institución desconocida extranjera”.
  - b) *Tesis del desconocimiento.* Existen, por otro lado, instituciones jurídicas que persiguen finalidades y/o despliegan funciones que el legislador que ha promulgado la Ley aplicable no protege ni comparte. En ese caso, debe estimarse que la institución en cuestión es inexistente. Ejemplo: la “compra de la esposa”, el “contrato de esclavitud”, o el “*trust* anglosajón” son instituciones jurídicas que pueden quedar sujetas al Derecho español. En tal caso, visto que el legislador español no ha querido admitir los fines de estas instituciones, éstas deben estimarse “inexistentes” como tales. No son válidas y no producen ningún efecto jurídico ante las autoridades españolas. Un *trust* regulado por el Derecho español no existe como tal, porque en Derecho español, el *trust* no existe, ya que el legislador español ha considerado que es una institución que no debe existir, como tal, en Derecho español.

## **B) Reenvío (art. 12.2 CC)**

### **a) Concepto y antecedentes legislativos y jurisprudenciales en Derecho español**

**62.** El reenvío es el curioso y mundialmente conocido fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite,

<sup>94</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 49-110.

para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (reenvío de primer grado o reenvío de retorno) o el Derecho de un tercer país (reenvío de segundo grado o reenvío ulterior).

El reenvío es un clásico problema de aplicación de la norma de conflicto que aparece hace ya muchos años. El reenvío es polémico hasta el extremo. Partidarios y adversarios del reenvío se han enfrentado, desde hace más de cien años, y han utilizado argumentos de todo tipo. El reenvío ha sido una construcción controvertida desde sus orígenes, y ha provocado reacciones muy viscerales. Los australianos M. DAVIES, S. RICKETSON y G. LINDELL han escrito que “*el reenvío es una materia amada por los profesores, odiada por los alumnos, e ignorada, -cuando la perciben-, por los abogados y los jueces*”<sup>95</sup>. Llevan razón en todas sus afirmaciones.

**63.** La redacción originaria del Código Civil de 1889 guardaba un silencio sepulcral y muy sospechoso sobre el reenvío. En efecto, el reenvío se conocía en toda Europa desde el célebre caso *Forgo* (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 24 junio 1878) pero el legislador español de 1889 calló totalmente al respecto y dejó a los tribunales sin una guía al respecto<sup>96</sup>. Por ello, existían enormes dudas, en doctrina y jurisprudencia, sobre la admisión del reenvío en Derecho internacional privado español.

La jurisprudencia de ciertos tribunales había admitido el reenvío de retorno (*vid.* Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900, Auto JPI núm. 20 Madrid 7 febrero 1951; RDGRN 30 junio 1956)<sup>97</sup>. Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia había negado el reenvío (SAT Palma Mallorca 17 febrero 1965). Lo más relevante era el hecho de que el Tribunal Supremo no se manifestó en ningún caso de forma clara. Lo cierto es que dicho tribunal no era ni partidario ni contrario al reenvío. Simplemente ignoraba la cuestión como hacía el Código civil, que también la ignoraba (STS 10 febrero 1926; STS 21 febrero 1935; STS 27 mayo 1968; STS 6 junio 1969; STS 5 noviembre 1971)<sup>98</sup>. Ambos silencios hicieron que la doctrina española de la época se enzarzara en interminables y controvertidas polémicas apasionadas sobre la admisión o rechazo del reenvío en el sistema español de Derecho internacional privado<sup>99</sup>.

El *Proyecto Yanguas* de 25 enero 1944 para la reforma del Código Civil negaba el reenvío por influjo del entonces reciente art. 30 del Código civil italiano de 1942, pero el texto se quedó en un mero Proyecto y durmió el sueño de los justos para siempre.

El posterior *Proyecto Trias* de 14 noviembre 1962 admitía el reenvío de retorno a través de una fórmula idéntica a la finalmente consagrada en el hoy vigente art. 12.2 CC. Por tanto, puede decirse que la fórmula de admisión del reenvío vio la luz en 1974, pero se escribió en 1962.

<sup>95</sup> M. DAVIES / S. RICKETSON / G. LINDELL, *Conflict of Laws: Commentary and Materials*, 1997, parágrafo 7.3.1 (citado por A. BRIGGS, “In Praise and Defence of renvoi”, *ICLQ*, 1998, pp. 877-884, esp. p. 878).

<sup>96</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 24 junio 1878, *Forgo* [*Dalloz*, 1879, p. 56].

<sup>97</sup> Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900 [*Revista Jurídica de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180]; Auto JPI núm. 20 Madrid 7 febrero 1951 [*Revista de Derecho Procesal*, vol. VII, 1951, pp. 295-298]; RDGRN 30 junio 1956 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2582].

<sup>98</sup> STS 10 febrero 1926 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 169, 1928, núm. 113]; STS 21 febrero 1935 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 217, p. 567]; STS 27 mayo 1968 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2925]; STS 6 junio 1969 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3283]; STS 5 noviembre 1971 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4524].

<sup>99</sup> *Vid.* L. GESTOSO TUDELA, “La teoría de la referencia en Derecho internacional privado”, *Anales de la Universidad de Murcia*, Curso 1946/1947, pp. 193-203; A. MARÍN LÓPEZ, “El reenvío en el Derecho español”, *REDI*, 1956, vol.IX, pp. 677-687; *Id.*, “Las cuestiones generales de Derecho internacional privado en las recientes codificaciones europeas, el reenvío”, *AC*, núm.47, 18/24 diciembre 1995, pp. 941-957; A. MIAJA DE LA MUELA, “Un caso de aplicación de reenvío de primer grado en España”, *REDI*, 1958, vol.XI, pp. 573-585; J. PÉREZ MONTERO, “Consideraciones sobre el reenvío”, *Anuario AIHLADI*, 1959, pp. 183-200; *Id.*, “La contribución del profesor Maridakis a la doctrina sobre el reenvío en el Derecho internacional privado”, *Eranion en honor Prof.Maridakis*, vol.III, Atenas, 1964, pp. 247-321; *Id.*, “Art. 12.2 Cc.”, *Com.Ref.Cc.*, 1977, pp. 592-638; E. PÉREZ VERA, “Un caso reciente de Derecho internacional privado, la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968”, *REDI*, 1968, vol.XXII, pp. 561-570; J.D. TRIAS GIRÓ, “De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols”, *Journal de droit international Chunet*, 1901, pp. 905-921; *Id.*, “La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España”, *RJC*, 1901, pp. 173-189.



## b) La solución ofrecida por el art. 12.2 CC

64. El texto del art. 12.2 CC, precepto elaborado en 1974, indica: “*La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”. El art. 12.2 CC admite, por tanto, el reenvío de retorno. Admite el reenvío en favor del Derecho (sustantivo) español. Sin embargo, lo permite exclusivamente dentro de ciertos límites y con carácter no obligatorio para el juez español. Sólo puede activarse el reenvío de primer grado cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos.

65. El art. 12.1 CC ni regula ni admite figuras especiales del reenvío como el “doble reenvío” (*Foreign Court Theory / Total Renvoi / Double renvoi*), construcción exclusiva del Derecho internacional privado anglosajón bien expuesta por J.D. FALCONBRIDGE<sup>100</sup>. Tampoco acoge el reenvío de competencia judicial (*hidden renvoi*), ni el reenvío total habilitante de competencia judicial internacional (sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 junio 2010 [nacional francés con domicilio en Madrid y fallecido en Madrid y herencia que comprende inmuebles en Francia y España, así como varios muebles])<sup>101</sup>.

66. Sí puede aplicarse el art. 12.2 CC, por el contrario, cuando la norma de conflicto española remite a un Derecho extranjero que cuenta con normas que resuelven un “conflicto de sistemas”. Este caso se presenta cuando la norma de conflicto española remite a un Derecho extranjero que ordena que la situación se regule por un “sistema extranjero de Derecho internacional privado”. Dos hipótesis son posibles: (a) Las normas extranjeras que resuelven un conflicto de sistemas ordenan aplicar las “normas de conflicto españolas”. Nada en el art. 12.2 CC se opone a ello. El resultado es la aplicación del Derecho material, español o extranjero, designado por las normas de conflicto españolas (SAP Barcelona 28 septiembre 2004)<sup>102</sup>; (b) Las normas extranjeras que resuelven un “conflicto de sistemas” ordenan aplicar “normas de Derecho internacional privado de un tercer país”. Con arreglo al art. 12.2 CC, la aplicación de las normas de conflicto de un “tercer país” no es posible, incluso si tales normas remiten a la Ley española. Por tanto, se debe aplicar el Derecho material del país al que remite la norma de conflicto española y no se tendrá en cuenta la remisión que la norma extranjera sobre “conflicto de sistemas” hace en favor de normas de conflicto de un tercer país.

67. El art. 12.2 CC, justo es subrayarlo, es víctima de su muy confusa redacción: a) Comienza con una afirmación contradictoria: si la remisión al Derecho extranjero, se dice, lo es en favor de su Ley material, resulta paradójico que se afirme, acto seguido, que se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras si éstas remiten al Derecho español; b) Añade una “doble negación”: no se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras que no remitan al Derecho español. Es uno de los preceptos peor redactados del Derecho español, lo cual no es fácil. Los estudiantes españoles de Derecho internacional privado lo saben muy bien. La doctrina española denunció desde su nacimiento la complejidad innecesaria y la falta de claridad del art. 12.2 CC<sup>103</sup>. Con posterioridad a 1974, la mejor doctrina influyó en la jurisprudencia para que ésta hiciera del reenvío un expediente de corrección de la localización de la norma de conflicto dirigido a lograr la aplicación de la ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica a regular<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> J.D. FALCONBRIDGE, “Le renvoi et la loi du domicile”, *Revue critique de droit international privé*, 1948, pp. 4571; J.D. FALCONBRIDGE, “Renvoi, Characterisation and Acquired Rights”, *Canadian Bar Review*, 1939, vol. 17, pp. 379-389.

<sup>101</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 junio 2010 [*Bulletin* 2010, I, n° 140].

<sup>102</sup> SAP Barcelona 28 septiembre 2004 [ECLI:ES:APB:2004:11341].

<sup>103</sup> En un primer momento, con críticas a todos los flacos del precepto, *vid. vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art.12.2 Cc.”, *Com. Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 140-142; N. BOUZA VIDAL, “Art.12.2 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 880-894; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Art.12.2 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 433437; J. PÉREZ MONTERO, “Art. 12.2 Cc.”, *Com.Ref.Cc.*, 1977, pp. 592-638.

<sup>104</sup> En tal sentido, *vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España?”, *RGD*, núms.613-614, oct.-nov.1995, pp. 11341-11347; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2,

**68.** El art. 12.2 CC rechaza todo reenvío de segundo grado o ulterior. No obstante, los arts. 98 y 162 LCCh. regulan la capacidad para obligarse por letra de cambio, pagaré o cheque en Derecho internacional privado. Ambos preceptos permiten el “reenvío de segundo grado”, ya que someten la cuestión a la ley nacional del sujeto, pero admiten que “*si esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última*”. Estos preceptos admiten, por tanto, la posibilidad de un reenvío de segundo grado. La explicación de la existencia de estas normas específicas sobre reenvío es sencilla. Se trata de normas directamente copiadas del llamado “Derecho cambiario ginebrino” (art. 2.I *in fine* del Convenio destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden, hecho en Ginebra el 7 junio 1930 y del Convenio de Ginebra de 19 marzo 1931 destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de cheques, convenios nunca ratificados por España). Estos preceptos fueron copiados por el legislador en la Ley cambiaria y del cheque sin que los parlamentarios españoles advirtieran su falta de sintonía con el art. 12.2 CC. La admisión de un reenvío de segundo grado en un instrumento legal internacional presenta ventajas. En efecto, de ese modo se alcanza una armonía internacional de soluciones, pues todo tribunal de los Estados parte que conozca del caso aplicará la misma Ley sustantiva. Sin embargo, fuera de un instrumento legal internacional, como ocurre en los preceptos citados de la Ley cambiaria y del cheque, el reenvío de segundo grado complica la determinación de la Ley aplicable y no siempre garantiza esa armonía internacional de soluciones.

**69.** El art. 12.2 CC acepta, exclusivamente, el “reenvío de retorno” o “reenvío de primer grado”. Cuando la norma de conflicto española remite a una Ley extranjera, se acepta la remisión hecha por las normas de conflicto extranjeras en favor de la Ley española (erróneamente: SAP Alicante 7 junio 2001; muy correcta SAP Guadalajara 3 abril 2013 [divorcio entre cónyuges peruanos])<sup>105</sup>. A este respecto, varias consideraciones generales son necesarias.

En primer lugar, la norma de conflicto extranjera es una norma jurídica extranjera. Por tanto, debe ser probada por la parte que reclama su aplicación (art. 281.2 LEC). Ahora bien: la norma de conflicto extranjera sólo debe probarse si el tribunal ignora su contenido. Por tanto, si el tribunal ya conoce de modo exacto la norma de conflicto extranjera, puede y debe aplicarla sin que sea precisa su prueba por la parte interesada.

En segundo término, si la norma de conflicto extranjera remite a la Ley de un “tercer país”, dicho reenvío, que sería un “reenvío de segundo grado”, no se acepta. La situación privada internacional queda en tal caso regulada por las normas materiales del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española (art. 12.2 CC *a contrario sensu*) (STSJ Madrid, Social 15 abril 2016 [trabajadores al servicio del Ministerio de AAEE en Marruecos])<sup>106</sup>.

**70.** Por otro lado, si la aplicación de la norma de conflicto extranjera resulta contraria al orden público internacional español, dicha norma no podrá “tenerse en cuenta” en ningún caso. Se aplicará entonces la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto española. Ejemplo: la filiación de un sujeto argelino se rige por el Derecho argelino (art. 9.4 CC), pero si el Derecho argelino “reenvía” al Derecho del país cuya nacionalidad ostenta el “padre” y éste es español, esta norma de conflicto podría no tenerse en cuenta. En efecto, si el único vínculo del supuesto con España es la circunstancia discrimi-

---

Julio-Diciembre 2007, pp. 59-121; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nota a la SAP Badajoz 11 julio 1995 (sucesión hereditaria)”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 312-321; J.L. IRIARTE ANGEL, “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, *RGD*, 1989, núm. 537, pp. 3561-3580; I. LORENTE MARTÍNEZ, “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 466-475; M. VIRGÓS SORIANO, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; A. PÉREZ VOITURIEZ, “El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 13, enero-marzo 1995, pp. 257-337; M. SÁINZ LÓPEZ NEGRETE, “Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España”, *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, abril 1993, pp. 879-893; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Reenvío”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. MONTROYA MELGAR, Ed. Civitas, Madrid*, 1995, pp. 5645-5646; E. THOMAS DE MAURICE, “El heredero inglés. El proceso sucesorio inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglesa”, *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre 1993, pp. 2651-2655.

<sup>105</sup> SAP Alicante 7 junio 2001 [*Aranzadi JUR*, n. 236860]; SAP Guadalajara 3 abril 2013 [CENDOJ 19130370012013100227].

<sup>106</sup> STSJ Madrid, Social 15 abril 2016 [*Aranzadi JUR* n. 116746].

natoria de la nacionalidad del padre, la aplicación del Derecho español resultaría arbitraria y discriminatoria. En tal caso, la aplicación del Derecho sustantivo español debe rechazarse por resultar contraria al orden público internacional español. Se aplicará, en dicho supuesto, el Derecho sustantivo argelino.

71. En caso de “reenvío de retorno”, la norma de conflicto extranjera debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho ordenamiento extranjero, como indica la mejor doctrina, bien representada por E. JAYME, P. FRANCESKAKIS, G. KEGEL e Y. LEQUETTE<sup>107</sup>. Varias observaciones adicionales son ahora precisas: (a) El juez español debe aplicar una norma de conflicto extranjera si ésta se contiene en un convenio internacional que no está en vigor en España pero que sí lo está en el país al que remite la norma de conflicto española, específica C. CAMPIGLIO<sup>108</sup>; (b) El juez español debe aplicar criterios de conexión extranjeros aunque éstos no sean conocidos en Derecho español. Así, la sucesión mobiliaria de un inglés con “domicilio” en España se rige por el Derecho inglés (art. 9.8 CC). El Derecho inglés reenvía al Derecho español porque en Derecho internacional privado inglés, la sucesión mobiliaria se regula por la Ley del domicilio del causante. Pues bien: el concepto de “domicilio” que emplea el juez español para aceptar el reenvío es el concepto de domicilio del Derecho inglés, que no coincide con el concepto “español” de domicilio, puesto que palabras iguales no siempre se corresponde con significados iguales, escriben J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ<sup>109</sup>. El concepto inglés de *domicile* es un “concepto poético”: el lugar al que la persona, cuando está lejos de él, quisiera volver, según señalan B. BAREL / ST. ARMELLINI y como confirma la jurisprudencia española (SAP Murcia 30 noviembre 2011 [causante inglesa con *Domicile of Choice* y bienes inmuebles en España])<sup>110</sup>; (c) Es frecuente que los tribunales españoles empleen incorrectamente el reenvío como una mera excusa fácil para aplicar el Derecho sustantivo español y que, para ello, tergiversen el sentido de una norma de conflicto extranjera. Ejemplo: el divorcio entre dos italianos se rige por el Derecho de italiano y en tal ordenamiento, el divorcio se rige por la Ley nacional de los cónyuges en el momento del divorcio. Por ello, en tal caso no hay ningún reenvío en favor del Derecho español. Carece de sentido y resulta antijurídico decir que el art. 706 del Código de Procedimiento Civil italiano “*deja a la decisión del tribunal que conoce del litigio la conveniencia de aplicar la ley del país en el que transcurre preferentemente la vida conyugal de la pareja*”, porque dicho precepto nada tiene que ver con dicho asunto y no dice lo que el tribunal español indica. Tampoco el art. 31 *legge* 218/95 provoca ningún reenvío de retorno, pues el precepto obliga al juez que conoce del asunto a aplicar la Ley nacional común de los cónyuges (con profundísimo error: SAP Barcelona 29 febrero 2012 [régimen económico matrimonial de cónyuges argentinos en el momento del matrimonio, pero italianos en el momento del divorcio])<sup>111</sup>.

72. Si la situación jurídica que debe regularse por un Derecho extranjero recibe según tal Derecho extranjero, una calificación distinta a la que ha recibido en Derecho español, se aplicarán las normas de conflicto del Derecho extranjero correspondientes a la calificación que en tal ordenamiento recibe la institución. Dichas normas de conflicto extranjeras pueden remitir a la Ley española. Es el llamado “reenvío de calificaciones”, muy bien expuesto por B. BAREL / ST. ARMELLINI e Y. LEQUETTE<sup>112</sup>. Ejemplo: si la ruptura de los esponsales se considera en España una cuestión de “responsabilidad civil” y la norma

<sup>107</sup> E. JAYME, “Zur ‘versteckten’ Rück- und Weiterverweisung im IPR”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970, pp. 253-269; ID., “Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen”, *IPrax*, 1981, pp. 17-29; P. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958; ID., “Renvoi”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 751-759; G. KEGEL, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im Internationalen Verjährungsrecht*, Köln, Opladen, 1962; Y. LEQUETTE, “Le renvoi de qualifications”, *Mélanges dédiés a Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 249-262.

<sup>108</sup> C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 367-382.

<sup>109</sup> J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Droit international privé*, 19ª ed., París, Dalloz, 2017, pp. 118-125 y 156-157.

<sup>110</sup> S. ARMELLINI/B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 51-55. *Vid.* SAP Murcia 30 noviembre 2011 [CENDOJ 30016370052011100652].

<sup>111</sup> SAP Barcelona 29 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100103].

<sup>112</sup> Y. LEQUETTE, “Le renvoi de qualifications”, *Mélanges dédiés a Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 249-262; S. ARMELLINI/B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 69-74.

de conflicto española en dicha materia remite al Derecho alemán, puede suceder que el Derecho alemán la califique como una cuestión de “Derecho de familia”, y que, con arreglo a las normas de conflicto alemanas en materia de derechos y deberes de familia, la cuestión se deba regir por la Ley española. Se verifica un “reenvío oculto”, en expresión de E. BARTIN, aunque las normas de conflicto españolas y alemanas en materia de responsabilidad civil sean idénticas, como remarca la doctrina francesa (D. BUREAU / H. MUIR WATT, M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE)<sup>113</sup>.

73. Tras la entrada en vigor del art. 12.2 CC en 1974, la jurisprudencia española fue vacilante, poco clara y, con frecuencia, contradictoria en sus términos y oscura en sus objetivos y valores.

Un primer grupo de resoluciones habían vislumbrado la posibilidad de utilizar el reenvío, pero no lo habían aplicado (STS 11 mayo 1989, STS 27 abril 1978)<sup>114</sup>.

Un segundo y censurable conjunto de decisiones habían aplicado el reenvío de primer grado de un modo automático y formalista, con la finalidad exclusiva de hacer aplicable la Ley material española, con un nada disimulado entusiasmo legeforista (SAT Granada 22 diciembre 1988; SAP Alicante 19 noviembre 1991; STS 23 octubre 1992; SAP Málaga 7 febrero 1994)<sup>115</sup>.

### c) La correcta interpretación del art. 12.2 CC por el Tribunal Supremo

74. A finales de los años noventa del pasado siglo, el Tribunal Supremo puso orden, de manera decidida, sugestiva y creativa, en la interpretación del art. 12.2 CC. El Tribunal Supremo dotó, así, al precepto de un acentuado efecto útil y de una justicia conflictual muy relevante. Tal y como el TS ha interpretado el art. 12.2 CC, en el Derecho internacional privado español el reenvío no es una “solución general” ni un “mecanismo automático”. El reenvío es una mera herramienta jurídica. Es un puro instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto. El art. 12.2 CC es una norma auxiliar o ancilar respecto de las normas que indican el “Derecho aplicable”. Por ello, el reenvío no puede traicionar el sentido de las normas de conflicto, sino facilitar su correcta aplicación. El reenvío desarrolla una “función instrumental”, en feliz expresión de A.-L. CALVO CARAVACA<sup>116</sup>. Esta “concepción instrumental del reenvío” comporta diversas consecuencias, puestas de relieve con claridad, rigor y precisión técnico por M. VIRGÓS SORIANO<sup>117</sup>.

En primer lugar, el reenvío no es obligatorio. En el art. 12.2 CC, el reenvío no es obligatorio, sino “facultativo”. El carácter facultativo del reenvío se deduce de dos concretas previsiones de legislador. Primera: el art. 12.2 CC no afirma que el juez español debe “aplicar” las normas de conflicto extranjeras que remiten al Derecho español. Lo que dice el art. 12.2 CC es que el juez español debe “tener en cuenta” las normas de conflicto extranjeras si éstas remiten a la Ley española. Y naturalmente, “tener en cuenta” no es lo mismo que “aplicar” las normas de conflicto extranjeras. Segunda: el art. 12.6 CC indica que sólo las normas de conflicto “del Derecho español” son imperativas y por tanto de

<sup>113</sup> E. BARTIN, “Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1898, pp. 129-159; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1 - *Partie générale*, 5ª ed., Paris, puf, 2021, pp. 491-501; M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, pp. 207-222.

<sup>114</sup> STS 11 mayo 1989 [CENDOJ 28079110011989100083]; STS 27 abril 1978 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1458].

<sup>115</sup> STS 23 octubre 1992 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 8280]

<sup>5</sup>AT Granada 22 diciembre 1988 [*Revista general de Derecho*, 1989, n. 543, pp. 8651-8654]

<sup>5</sup>AP Alicante 19 noviembre 1991 [*Revista española de Derecho internacional*, 1993, pp. 498-500]

<sup>5</sup>AP Málaga 7 febrero 1994 [*Revista española de Derecho internacional*, 1995, pp. 232-235].

<sup>116</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Madrid, 1995, pp. 393-422; A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; Id., “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *DIPr. parte especial*, 1995, pp. 393-422; Id., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 31033138; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, julio-diciembre 2007, vol. 55/2, pp. 59-121.

<sup>117</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210.

inexcusable aplicación por los jueces y autoridades españolas. Por tanto, las normas de conflicto “del Derecho extranjero”, que son las que provocan el reenvío, son de aplicación “facultativa” para los jueces y autoridades españolas.

En segundo lugar, el reenvío debe estar justificado por motivos de Justicia en el caso concreto. El juez español puede emplear el reenvío de primer grado o puede no emplearlo. Pues bien, lo utilizará sólo y exclusivamente si dicho reenvío resulta útil para alcanzar soluciones satisfactorias, razonables y justas en el caso concreto (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío]; STS 15 noviembre 1996; STS 21 mayo 1999, SAP Alicante 5 octubre 2010 [causante holandesa y reenvío al Derecho español]; SAP Alicante 27 mayo 2015 [testamento otorgado en España por causante inglés y reenvío], SAP Baleares 21 noviembre 2017 [legítima de causante belga y reenvío])<sup>118</sup>. El operador jurídico debe demostrar que el reenvío conduce a resultados justos. A tal efecto, el tribunal español debe realizar un “test de oportunidad del reenvío”. En dicho test, deben ponderarse los elementos del caso concreto y los resultados que comporta el reenvío en dicho caso concreto. Este modo de concebir el reenvío se conoce como “reenvío funcional” o “reenvío expediente” y no es una interpretación de tiempos actuales, pues ya H. LEWALD y Ph. FRANCESCAKIS, explica P. COURBÉ, lo habían acuñado como un mecanismo de mejora de la aplicación de la norma de conflicto<sup>119</sup>.

En tercer lugar, el reenvío sólo puede apreciarse si se verifican cumulativamente diversas condiciones. Primera: debe respetarse la “condición básica del reenvío”, que significa que el reenvío debe respetar los principios inspiradores de la norma de conflicto a la que afecta, pues el art. 12.2 CC está “al servicio de las normas de conflicto” y no al revés. Segunda: debe concurrir algún “índice positivo de reenvío”, que significa que debe demostrarse que el reenvío es útil, en el caso concreto, para producir resultados justos.

### (i) La condición básica del reenvío

**75.** Es absolutamente necesario, para aceptar el reenvío de primer grado que permite activar el art. 12.2 CC, que dicho mecanismo no vulnere los “principios inspiradores” de la norma de conflicto española. El art. 12.2 CC es una “norma instrumental” que debe respetar la “idea de Justicia” que vertebró la norma principal, que es la “norma de conflicto” española. En concreto, cabe distinguir estos casos.

**76. a) Sucesión por causa de muerte.** El reenvío no debe aceptarse si provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, porque el art. 9.8 CC exige que la Ley que regule la sucesión sea una sola Ley. Si la admisión del reenvío lleva a que distintos aspectos de la misma sucesión se rijan por varias Leyes diferentes, el reenvío debe rechazarse. La jurisprudencia española es unánime en este sentido (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío], STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 5 diciembre 2018 [causante inglés]; STS 15 enero 2019 [causante inglés]; STS 8 octubre 2019 [sucesión de causante británico y bienes en España])<sup>120</sup>. Esta idea ha sido seguida con fervorosa devoción por los tribunales inferiores (SAP Girona 4 octubre 2019 [causante británica con residencia en Cataluña]; SAP Málaga 6 junio 2016 [nulidad de testamento

<sup>118</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 21 mayo 1999 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4580]; STS 23 septiembre 2002 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 7868]; STS 12 enero 2015 [CENDOJ 28079110012015100048]; SAP Alicante 5 octubre 2010 [CENDOJ 03014370062010100324]; SAP Alicante 27 mayo 2015 [CENDOJ 03014370062015100101]; SAP Baleares 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:APIB:2017:2141].

<sup>119</sup> H. LEWALD, “Règles générales du conflit de lois. Contribution à la technique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1939, vol. 69, pp. 1-147; Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958. *Vid.* P. COURBÉ, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, Paris, 2007, pp. 80-93.

<sup>120</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 21 mayo 1999 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4580]; STS 23 septiembre 2002 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 7868]; STS 14 septiembre 2009 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 6139]; STS 12 enero 2015 [CENDOJ 28079110012015100048]; STS 5 diciembre 2018 [causante inglés] [ECLI:ES:TS:2018:4139]; STS 15 enero 2019 [causante inglés] [ECLI:ES:TS:2019:56]; STS 8 octubre 2019 [sucesión de causante británico y bienes en España] [ECLI:ES:TS:2019:3014].

y Derecho inglés]: SAP Alicante 27 mayo 2015 [testamento otorgado en España por causante inglés y reenvío]; SAP Madrid 10 septiembre 2012 [causante californiano e inexistencia de reenvío]; SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitios en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno]; SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitios en España y *domicile* en España del causante]; AAP Barcelona 31 marzo 2010 [sucesión de causante francesa y bienes inmuebles sitios en España]; SAP Málaga 18 diciembre 1996; SAP Málaga 13 marzo 2002; SAP Alicante 7 junio 2001 [se rechaza el reenvío de la Ley inglesa a la española porque provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes sucesorios litigiosos en Inglaterra y en España]; SAP Alicante 10 marzo 2003; SAP Asturias 1 septiembre 2005; SAP Badajoz 11 julio 1995; SAP Tarragona 13 mayo 2004; SAP Granada 19 julio 2004)<sup>121</sup>. Esta idea aparece ya muy claramente en la más que centenaria STS 14 diciembre 1901<sup>122</sup>. De este modo, el TS se reencuentra a sí mismo. Este criterio se sigue también en Francia (sentencia Cour de Cassation, Francia, 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española cuyo último domicilio se encontraba en Francia y con bienes inmuebles en España: el reenvío se justifica si permite alcanzar la unidad legal de la sucesión]; sentencia Cour de Cassation, Francia, 21 marzo 2000, *Ballestrero*; sentencia Cour de Cassation, Francia, 20 junio 2006, *Wildenstein*)<sup>123</sup>. De todos modos, la jurisprudencia española sobre el reenvío en el sector sucesorio sólo resulta operativa en relación al art. 12.2 CC, y este precepto es inaplicable a los supuestos internacionales a partir del 17 agosto 2015. Aunque el art. 9.8 CC es aplicable a los casos de Derecho interregional, tampoco el reenvío funciona en este sector, pues el reenvío está prohibido en el Derecho interregional (art. 16.2º CC).

**77. b) Normas de conflicto materialmente orientadas.** El reenvío no cabe en relación con las normas de conflicto que seleccionan el Derecho aplicable en virtud de su contenido material (“normas de conflicto materialmente orientadas”). En este caso, la admisión del reenvío vulneraría el objetivo sustancial perseguido por el legislador en estas normas de conflicto, que consiste, precisamente, en la aplicación de un concreto Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española. Así, en el caso del art. 9.4.I CC, si dicho precepto remite a la Ley de un país que permite establecer la filiación pero dicha Ley contiene una norma de conflicto que remite la cuestión al Derecho español, este reenvío de retorno debe rechazarse. Perjudicaría uno de los principios inspiradores de esta norma de conflicto (art. 9.4 CC), el *favor filii* en la determinación de la filiación. Por esa razón, debe rechazarse y se aplicará el Derecho material designado por el art. 9.4.I CC sin tener en cuenta el reenvío que las normas de conflicto de dicha Ley puedan hacer al Derecho español.

**78. c) Normas de conflicto con puntos de conexión alternativos.** Tampoco debe admitirse el reenvío en presencia de normas de conflicto con puntos de conexión alternativos que persiguen potenciar la validez de un acto jurídico (*ad ex.*: art. 11 CC) si dicho reenvío conduce a la nulidad del acto que sin reenvío habría sido válido. En efecto, si la Ley sustantiva designada por la norma de conflicto con puntos

<sup>121</sup> SAP Tarragona 13 mayo 2004 [ECLI:ES:APT:2004:789]; SAP Murcia 30 noviembre 2011 [CENDOJ 30016370052011100652]; SAP Madrid 10 septiembre 2012 [ECLI:ES:APM:2012:14805]; SAP Málaga 6 junio 2016 [ECLI:ES:APMA:2016:1429] [testamento y Derecho inglés]; SAP Alicante 27 mayo 2015 [CENDOJ 03014370062015100101]; SAP Girona 4 octubre 2019 [ECLI:ES:APGI:2019:1540]; AAP Madrid 17 enero 2013 [ECLI:ES:APM:2013:841A]; AAP Barcelona 31 marzo 2010 [ECLI:ES:APB:2010:1758A]; SAP Málaga 18 diciembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1998, vol.L, pp.244-248]; SAP Málaga 18 diciembre 1996 [*Aranzadi Civil*, n. 2441]; SAP Málaga 13 marzo 2002 [ECLI:ES:APMA:2002:1121]; SAP Alicante 7 junio 2001 [ECLI:ES:APA:2001:2693]; SAP Alicante 10 marzo 2003 [CENDOJ 03014370062003100115]; SAP Asturias 1 septiembre 2005 [CENDOJ 33044370052005100312]; SAP Badajoz 11 julio 1995 [*Aranzadi AC*, n. 1395]; AAP Madrid 17 enero 2013 [CENDOJ 28079370122013200002].

<sup>122</sup> STS 14 diciembre 1901 [*Jurisprudencia civil*, vol. 92, pp. 619-622, núm. 143]

<sup>123</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española] [*Revue critique de droit international privé*, 2009 p. 512]; sentencia Cour de Cassation, Francia, 21 marzo 2000, *Ballestrero* [Bulletin, 2000, I n. 96 p. 64; *Dalloz*, 2000: *RCDIP*, 2000, p. 399 y nota de B. ANCEL; *JDI Clunet*, 2001, p. 505, nota M. REVILLARD]; sentencia Cour de Cassation, Francia, 20 junio 2006, *Wildenstein* [Bulletin civ. I, n. 321, *Dalloz*, 2007; *JDI Clunet*, 2007, p. . 125, nota de H. GAUDEMET-TALLON; *RCDIP*, 2007, p. 383, nota de B. ANCEL].

de conexión alternativos admite la validez del acto, no tendría sentido admitir la remisión que dicha Ley hace en favor del Derecho español si con arreglo al Derecho español el acto es nulo, pues la voluntad del legislador español, presente en la misma norma de conflicto, es potenciar la validez del acto.

**79. d) Elección de la Ley aplicable.** El reenvío no debe operar en relación con las normas de conflicto españolas que permiten a los particulares, directa o indirectamente, elegir el Derecho aplicable. Puede presumirse que las partes eligen la “Ley material” de un país y no las normas de conflicto extranjeras. El reenvío no debe alterar ese principio. Varios ejemplos pueden ilustrar la inconveniencia del reenvío en estos casos.

- 1º) El art. 10.1.II CC faculta a remitente y destinatario de un bien a convenir, expresa o tácitamente, que los bienes en tránsito se consideren situados en el lugar de su destino y se rijan por dicha Ley. Si las partes han estimado que los bienes se deben considerar situados en Cuba, país de destino de los mismos, la Ley aplicable a los derechos reales que puedan constituirse sobre los mismos será la Ley cubana, sin tener en cuenta las normas de conflicto de dicho país ni la remisión que tales normas puedan hacer a otras Leyes.
- 2º) El art. 9.2 CC [conexión segunda] permite que los efectos del matrimonio se regulen por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Si los cónyuges han elegido la Ley marroquí, que es la Ley nacional de uno de ellos, como Ley reguladora de los efectos de su matrimonio, se aplicará dicha Ley sustantiva sin tener en cuenta las normas de conflicto marroquíes ni la remisión que tales normas puedan hacer a otras Leyes de otros Estados.

**80. e) Sentencias claudicantes.** En ciertos supuestos, la aplicación de la Ley sustantiva española que se verifica gracias al reenvío, puede conducir a una sentencia española claudicante, una sentencia sin efectos jurídicos en un país en el que realmente, interesa que dicha sentencia española surta tales efectos jurídicos. En tal caso, el reenvío es desaconsejable. Esta causa de inaplicación del reenvío ha sido apreciada por cierta jurisprudencia (SAP Burgos 30 julio 2007 [divorcio entre cónyuges colombianos]; mucho menos claro en SAP Islas Baleares 7 mayo 2010 [divorcio entre cónyuges argentinos])<sup>124</sup>. Ejemplo: el divorcio entre cónyuges colombianos se rige por la Ley colombiana (antiguo y antes vigente art. 107.2 CC), pero la Ley de dicho país remite a la “Ley del domicilio conyugal”. Si los cónyuges residen habitualmente en España, ello haría aplicable la Ley sustantiva española. Sin embargo, dicha sentencia española de divorcio no surtirá efectos legales en Colombia, pues el Derecho colombiano exige que, para que un divorcio dictado en el extranjero y que afecta ciudadanos colombianos produzca efectos en Colombia, la causa de divorcio apreciada por el tribunal sea “admitida” por la Ley colombiana. Si ello no es así, lo que sucederá en el caso de un divorcio por mera voluntad de uno de los cónyuges acordado con arreglo al art. 86 y 81.2 CC, la sentencia española no surtirá efectos en Colombia. El tribunal deberá aplicar la Ley material colombiana, pues de ese modo dictará una sentencia de divorcio con plenos efectos jurídicos tanto en España como en Colombia, mientras que aceptar el reenvío de primer grado le condenaría a dictar una sentencia española claudicante en Colombia.

## (ii) Los índices positivos de reenvío

**81.** Para aceptar el reenvío, además de verificarse la “condición básica de reenvío”, es necesario que concurra, al menos, un “índice positivo de reenvío”, sea cual sea (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío])<sup>125</sup>. Estos “índices positivos de re-

<sup>124</sup> SAP Burgos 30 julio 2007 [CENDOJ 09059370022007100245]; SAP Islas Baleares 7 mayo 2010 [CENDOJ 07040370042010100285].

<sup>125</sup> STS 12 enero 2015 [CENDOJ 28079110012015100048].

envío” son circunstancias que ponen de relieve que el reenvío de primer grado permite alcanzar soluciones racionales y justas (Res. IDI Berlín 1999: «*La prise en compte du droit international privé étranger*»). En general, puede afirmarse que son índices positivos de reenvío, en el marco del art. 12.2 CC, los siguientes.

**82.(a)** *El reenvío como “ajuste de la localización”*. Cuando la norma de conflicto española conduce a la aplicación de la Ley de un país escasamente conectada con la situación jurídica, el reenvío, en ocasiones, sirve para hacer aplicable la Ley española si es España el país más vinculado con dicha situación jurídica. El TS se ha referido a este índice positivo del reenvío y lo ha aplicado para admitir el reenvío en favor del Derecho español.

**83. (b)** *El reenvío como mecanismo para resolver un “falso conflicto de Leyes”*. Si el Derecho material extranjero y el Derecho material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío es aconsejable. Según el TS, en este caso, el reenvío permite aplicar el Derecho español, lo que siempre es más fácil, rápido y económico para los tribunales, y no perjudica a ninguna de las partes en el litigio. El TS se ha referido a este índice positivo del reenvío pero nunca lo ha aplicado para admitir el reenvío en favor del Derecho español.

**84.** En cuanto al primer índice positivo de reenvío, éste puede emplearse para “ajustar la localización” que lleva a cabo la norma de conflicto. En ocasiones, la situación litigiosa queda regulada por un Derecho extranjero porque así lo ordena la norma de conflicto española. Sin embargo, se aprecia que la “conexión real” de dicha situación con tal ordenamiento extranjero es muy débil. Con otras palabras: todos los datos del supuesto lo vinculan con España, salvo el punto de conexión empleado por la norma de conflicto española, que vincula el caso con un Derecho extranjero. Y además, los contactos del caso con España son “contactos sustanciales” mientras que los contactos del supuesto con el país extranjero a cuya Ley remite la norma de conflicto española son “contactos formales”. Puede entonces afirmarse que la norma de conflicto española localiza “incorrectamente” el supuesto en un país y en un Derecho extranjero. Pues bien, en tales casos, el reenvío puede operar para “reajustar” la localización y hacer aplicable la Ley del país más conectado con el supuesto, que es la Ley española. El “reajuste de la localización” garantiza las expectativas de los sujetos y la seguridad jurídica, pues las partes esperan ver aplicado el Derecho del país más vinculado al supuesto. Con ello, el reenvío potencia también la vida internacional de los particulares, pues sujeta la situación privada internacional a la Ley del país cuya aplicación a dicha situación genera los menores costes a los particulares implicados. El reenvío logra, así, una reducción de costes conflictuales. El TS se ha referido a este índice positivo de reenvío en la STS 15 noviembre 1996 y lo aceptó expresamente en la STS 23 septiembre 2002 y en la STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío]<sup>126</sup>. También en el mismo sentido se ha pronunciado, de modo evidente, la SAP Málaga 8 junio 2021 [sucesión de causante británica y bienes litigiosos en España]; SAP Alicante 18 noviembre 2022 [sucesión de causante danés y reenvío]; SAP Alicante 25 septiembre 2023 [sucesión y Ley británica]; SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitios en España y *domicile* en España del causante], SAP Alicante 27 mayo 2015 [testamento otorgado en España por causante inglés y reenvío]; implícitamente SAP Guipúzcoa 11 abril 2008 [divorcio entre cónyuges argentinos] y de modo menos claro, SAP Alicante 5 octubre 2010 [causante holandesa y reenvío al Derecho español] y SAP Alicante 30 marzo 2009 [cónyuges argentinos y reenvío en favor del Derecho español]<sup>127</sup>. El TS ha aceptado expresamente este índice positivo de reenvío en su STS 15 enero 2019 [causante inglés]: “*en el presente caso, en virtud del reenvío previsto*

<sup>126</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 23 septiembre 2002 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 7868]; STS 12 enero 2015 [CENDOJ 28079110012015100048].

<sup>127</sup> SAP Málaga 8 junio 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:2521]; SAP Alicante 18 noviembre 2022 [ECLI:ES:APA:2022:2808]; SAP Alicante 25 septiembre 2023 [ECLI:ES:APA:2023:1661]; SAP Murcia 30 noviembre 2011 [CENDOJ 30016370052011100652]; SAP Alicante 27 mayo 2015 [CENDOJ 03014370062015100101]; SAP Guipúzcoa 11 abril 2008 [CENDOJ 20069370022008100117]; SAP Alicante 5 octubre 2010 [CENDOJ 03014370062010100324]; SAP Alicante 30 marzo 2009 [CENDOJ 03065370092009100003].



en el art. 12.2 CC, es de aplicación a toda la sucesión la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes del caudal hereditario y las personas llamadas a la sucesión”<sup>128</sup>. Para comprender el funcionamiento del reenvío como mecanismo de ajuste de la localización conflictual, especialmente en el campo de las sucesiones *mortis causa* internacionales, es preciso analizar varios datos.

En primer lugar, el legislador español emplea, normalmente, “puntos de conexión” que conducen a una Ley estatal cuya aplicación al caso concreto resulta perfectamente previsible para los particulares implicados en la situación privada internacional. Son puntos de conexión que conducen a la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación. Así, por ejemplo, en el caso de la sucesión *mortis causa*, el legislador arranca de un presupuesto: el art. 9.8 CC indica que la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento debe regir la sucesión porque, en la mayor parte de los casos, es la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. En otras palabras, el legislador español arranca de la idea de que, en principio, el país más vinculado con una sucesión “internacional” es el país cuya nacionalidad ostenta el causante, lo que no es casualidad en un país, como España, que ha sido durante muchos años, un país exportador de emigrantes deseosos de regresar a España, país donde dejaron familia y quizás bienes, aunque hoy día este escenario ya no se corresponda con la realidad.

En segundo lugar, sin perjuicio de lo anterior, pueden surgir casos difíciles. En relación con tales casos la “idea regulativa general”, esto es: toda sucesión está más estrechamente vinculada con el país de la última nacionalidad del causante-, puede fallar en el caso concreto. Y puede fallar porque en ciertos supuestos específicos, el país más estrechamente vinculado con una concreta sucesión internacional puede no ser el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, los casos difíciles aparecen cuando el punto de conexión no presenta un ligamen real entre el caso específico y un país concreto. Puede afirmarse que el punto de conexión pierde su “razón de ser”: ya no proporciona “seguridad jurídica internacional” ni “previsibilidad de la Ley aplicable”. El punto de conexión se aparta de la *ratio* de la norma. Y se convierte en un punto de conexión “vacío de potencial localizador”. Es, entonces, un punto de conexión que queda “privado de su justificación interna”, como ha subrayado de modo brillante C. CAMPIGLIO<sup>129</sup>.

En tercer lugar, en las sucesiones *mortis causa* en las que la nacionalidad del causante se ha convertido en un punto de conexión “vacío de potencial localizador”, se aprecia que existe un “conjunto de circunstancias” que revelan un “contacto más fuerte” de la sucesión con otro país, distinto al país de la nacionalidad del causante. Por ello, el mismo causante y las demás partes potencialmente implicadas en la sucesión, como herederos y terceros, prevén la aplicación de la Ley de “otro país” que no es la Ley nacional del causante, esto es, la Ley a la que conduce el art. 9.8 CC). En otros términos, el art. 9.8 CC puede, en ocasiones, apuntar en favor de una Ley que resulta imprevisible a los particulares implicados porque su aplicación depende de “hechos anecdóticos”. Los particulares implicados, por ello, no pueden prever la aplicación de esa Ley indicada por el art. 9.8 CC. Lo que suele ocurrir, realmente, es que, en ciertos supuestos sucesorios, el *único vínculo* de la sucesión con un país es, precisamente, el vínculo retenido como “punto de conexión” por el legislador en la norma de conflicto, como suele ocurrir con la nacionalidad del causante. Todas las demás circunstancias del caso vinculan al supuesto con otro país, país realmente más conectado con el supuesto internacional. Por ello, los particulares esperan ver aplicada la Ley de ese “otro país”, y no la Ley nacional del causante.

Pues bien, en tales casos complejos, el reenvío puede operar para “corregir”, “reajustar” y “perfeccionar” la localización y hacer así aplicable la Ley del país más conectado con la sucesión, que es la Ley española. A tal efecto, se utiliza la norma de conflicto extranjera, que localiza la sucesión en España y ordena aplicar el Derecho sucesorio material español. La localización que lleva a cabo la norma de conflicto extranjera es más perfecta, más atinada, más exacta, que la localización que lleva a cabo el art. 9.8 CC. Por ello es preferible.

<sup>128</sup> STS 15 enero 2019 [ECLI: ES:TS:2019:56].

<sup>129</sup> C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 367-382.

Los elementos que reflejan una más estrecha localización del supuesto sucesorio con España que con el país de la nacionalidad del causante pueden ser de distinta naturaleza: contactos personales y territoriales. Ahora bien: esa “más estrecha vinculación del supuesto con España” debe resultar de manera muy clara y evidente. Y ello ocurrirá, sin duda, cuando el causante hubiera tenido su último domicilio o residencia habitual en España y cuando, además, todos los bienes inmuebles sucesorios estuvieran situados en territorio español, según destaca A.-L. CALVO CARAVACA<sup>130</sup>. Así lo indica también de modo decidido la SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles situados en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno]<sup>131</sup>. Precedente muy claro en este sentido, esto es de la ecuación “inmuebles en España + domicilio del causante en España, equivalen a conexión claramente más estrecha del caso sucesorio con España”, es el muy célebre, afamado, notorio y también pionero Auto del Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900, que se pronunció en el supuesto de un causante escocés que había vivido cincuenta años en Barcelona, hasta su fallecimiento, y todos sus bienes inmuebles, incluidas sus industrias, se hallaban en Cataluña, caso emblemáticamente estudiado por J.M. TRIAS DE BES<sup>132</sup>. La mera existencia aislada de algún bien inmueble en España no parece ser un dato suficiente que denote mayor vinculación del supuesto con España, como señala la STS 15 noviembre 1996<sup>133</sup>. Y la mera y aislada residencia habitual del sujeto en España tampoco parece reflejar una vinculación más estrecha con España. De tal modo, dichos datos aislados no justifican un reenvío para “afinar” y “perfeccionar” la localización, en particular si existen inmuebles situados fuera de España.

Para escapar de una “localización legal rígida” efectuada por puntos de conexión “vacíos de potencial localizador”, el reenvío puede resultar muy útil. El reenvío se convierte, así, en un “elemento flexibilizador” del rígido sistema de conflicto de Leyes, como han señalado P.M. PATOCCHI y B. AUDIT<sup>134</sup>. Por otro lado, de modo curioso, el reenvío, en estos casos, opera como una subespecie de la cláusula de excepción, precisa P. RÉMY-CORLAY<sup>135</sup>. Ello explica que en el Derecho internacional privado del siglo XXI el reenvío se vea desplazado por la citada “cláusula de excepción”, como ha mostrado S. CORNELOUP<sup>136</sup>.

El reenvío, en esta perspectiva, resulta un ejercicio metodológico extraordinariamente interesante porque representa un “ejercicio de humildad” del legislador español o, como escribe H. SCHACK, una muestra de actitud cosmopolita del legislador<sup>137</sup>. A la hora de precisar la Ley aplicable a la sucesión en los casos internacionales, los legisladores de los diferentes países del mundo adoptan ópticas distintas. Todos los legisladores “localizan” la sucesión en uno u otro país cuando señalan la “Ley aplicable” a la sucesión en sus normas de conflicto. El legislador inglés localiza la sucesión de los inmuebles en el país de situación de los mismos, mientras que el legislador español localiza la sucesión de los inmuebles en el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. Ambos “localizan”. La “localización” de las situaciones privadas internacionales en un país, cuya Ley regirá el supuesto, es un arte, un ejercicio de prudencia jurídica. No es aritmética. La aritmética es igual en España, en Londres, en Sebastopol y en Vancouver. Pero la “localización”, -esto es, la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales-, no es una ciencia exacta. Ni es álgebra ni es geometría euclidiana.

<sup>130</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 31033138.

<sup>131</sup> SAP Alicante 28 mayo 2012 [CENDOJ 03014370062012100272].

<sup>132</sup> Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900 [*Revista Jurídica de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180].. Vid. J.M. TRIAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed.Reus, 1934, 2ª ed., Barcelona, 1939, pp. 5-12.

<sup>133</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268].

<sup>134</sup> P.M. PATOCCHI, *Regles de rattachement localisatrices et regles de rattachement a caractere substantiel*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 15-42; B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, pp. 219398.

<sup>135</sup> P. CORLAY, “Le contrôle de l'application de la clause d'exception par la Cour de cassation (Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.565, inédit)”, *Revue critique de droit international privé*, 2020, 1, pp. 159-164; P. RÉMY-CORLAY, “Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76. La idea se encuentra ya en P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, (Cours général de droit international privé)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1986, vol.196, pp. 9-238.

<sup>136</sup> S. CORNELOUP, „Zum Bedeutungsverlust des Renvoi“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 147-153.

<sup>137</sup> H. SCHACK, “Was bleibt vom renvoi?”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2013-IV, pp. 315- 320.

Por ello, cada legislador intenta “localizar” la sucesión del mejor modo posible y pone en movimiento, a tal efecto, no sólo un *esprit de géometrie* sino un *esprit de finesse*. Pues bien, como la localización no es una tabla de aritmética, sino un auténtico arte, es algo discutible y opinable. Puede existir una localización más correcta que otra, ya que existen distintos modos de llevar a cabo la localización a través de puntos de conexión diferentes. Y aquí se encuentra la clave: el legislador español puede tomar conciencia de que “su” localización de la sucesión, -en las manos de la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, art. 9.8 CC-, es “menos exacta” que la localización que realiza un legislador extranjero, el legislador del país de la nacionalidad del causante. Y tomada conciencia del asunto, el legislador español utiliza el reenvío de primer grado y admite que la localización que realiza el legislador extranjero es “mejor” que la localización que él mismo realiza, y admite la localización que realiza la norma de conflicto extranjera. El legislador español es consciente de que sus normas de conflicto son, como todas las normas de conflicto de todos los países del mundo, verdaderas “propuestas de localización”, es decir, tentativas de señalar el país más estrechamente vinculado con la situación fáctica, más que matemáticas localizaciones inmutables y algebraicas. Por ello, el legislador español es consciente de que sus normas de conflicto son, en todo caso, normas perfectibles y mejorables en todo caso. Y por ello, acepta que la “localización extranjera” de la sucesión puede ser más exacta que la “localización española” de la misma contenida en el art. 9.8 CC, y a través del reenvío de primer grado, admite la aplicación de la Ley material sucesoria española.

Entendido como un mecanismo para “perfeccionar la localización”, el reenvío de primer grado opera como una escotilla que facilita el “diálogo entre ordenamientos”, en feliz expresión de A. QUIÑONES ESCÁMEZ<sup>138</sup>. Dicho diálogo arranca de un dato fundamental. La localización es un arte difícil: es conveniente escuchar y tener en cuenta “cómo se practica la localización” en otros ordenamientos jurídicos para aceptar, en su caso, la localización más correcta llevada a cabo por las normas de conflicto extranjeras. Un artista aprende de otros artistas. Naturalmente, el ajuste de la localización exigiría aceptar no sólo el reenvío de primer grado, sino también el reenvío de segundo grado, como se admite en otros países (= es el caso de Francia). El legislador español no llega a tanto, y se limita a aceptar el reenvío de primer grado y prohíbe el reenvío de segundo grado.

**85.** Por lo que se refiere al segundo *índice positivo de reenvío*, *éste puede utilizarse como mecanismo para resolver un «falso conflicto de Leyes»*. Si el Derecho material extranjero y el Derecho material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío es aconsejable (STS 15 noviembre 1996; STS 21 mayo 1999; SAP Málaga 13 marzo 2002; SAP Alicante 10 marzo 2003)<sup>139</sup>. En efecto, según el TS, en este caso, realmente, es indiferente aplicar Derecho extranjero o Derecho material español. Pues bien: el reenvío permite aplicar el Derecho español, lo que siempre es más fácil, rápido y económico para los tribunales, y no perjudica a ninguna de las partes en el litigio. En otras palabras: para el TS, el reenvío es aconsejable y positivo cuando opera para resolver un “falso conflicto de Leyes” (*false conflict*), es decir, cuando logra una “armonía internacional de soluciones materiales”. Este primer índice positivo de reenvío no concurre en el caso de que el contenido del Derecho material extranjero difiera sensiblemente del contenido del Derecho material español. Es un índice positivo de reenvío por el que el TS siente especial debilidad y aprecio (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 23 septiembre 2002). Aunque todo hay que decirlo: el TS jamás ha aplicado este índice positivo para admitir un reenvío de primer grado en favor de la Ley española<sup>140</sup>.

**86.** Un tercer índice positivo de reenvío, se ha indicado por cierta doctrina, es su operatividad para fomentar la “armonía internacional de soluciones”. El reenvío puede ser aconsejable si mediante el

<sup>138</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 297-304.

<sup>139</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 21 mayo 1999 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4580]; SAP Málaga 13 marzo 2002 [ECLI:ES:APMA:2002:1121]; SAP Alicante 25 septiembre 2023 [ECLI:ES:APA:2023:1661].

<sup>140</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 21 mayo 1999 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4580]; STS 23 septiembre 2002 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 7868].

mismo se logra que la Ley aplicable a la situación privada internacional sea la misma, ya conozca del caso un tribunal español o un tribunal del Estado a cuya Ley remite la norma de conflicto española. Es el “reenvío-coordinación” defendido por H. BATIFFOL, que potencia la seguridad jurídica internacional. Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable y es dudoso que tenga cabida en el art. 12.2 CC. Y ello por varios motivos: a) Es claro que el legislador español no emplea el reenvío como instrumento al solo servicio de la armonía internacional de soluciones. Si fuera así, se aceptaría el reenvío de segundo grado, que sin embargo está expresamente prohibido por el art. 12.2 CC, subraya E. RODRÍGUEZ PINEAU<sup>141</sup>; b) El TS nada ha indicado sobre este índice de armonía internacional de soluciones “conflictuales”. Para el TS, sólo es relevante la armonía internacional de soluciones “materiales”: si la Ley material extranjera es similar a la Ley material española, entonces es posible aceptar el reenvío en favor de la Ley material española. Por tanto, este tercer índice positivo de reenvío es, hasta hoy, en Derecho internacional privado español, una mera propuesta doctrinal sin refrendo legal ni jurisprudencial. En el Derecho internacional privado europeo, el reenvío, en las raras ocasiones en las que se admite, sí persigue el objetivo de lograr la armonía internacional de soluciones (art. 34 RES).

**87.** El cuarto índice positivo de reenvío se presenta, se dice, cuando éste se emplea para conseguir resultados “materialmente orientados”. Algunos autores indican que el reenvío podría ser aconsejable cuando conduce a resultados constitucionalmente ajustados. Ejemplos: el reenvío debería aceptarse si a través del mismo se logra la aplicación de la Ley material española, Ley que permite la determinación de la filiación del hijo (*favor filii*), o la disolución del matrimonio por divorcio (*favor divortii*). Este índice positivo de reenvío (“reenvío *in favorem*”) ha sido acogido por otros sistemas extranjeros de Derecho internacional privado (art. 13.3 LDerecho internacional privado Italia 1995 [establecimiento de la filiación]). Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Si la Ley extranjera presenta un contenido “inaceptable”, debe entonces utilizarse el “orden público internacional” para excluir la aplicación de la Ley extranjera y provocar así la aplicación de la Ley española (*lex fori*), y el reenvío es impropio e innecesario, como bien destaca P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>142</sup>.

#### **d) El reenvío en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España**

**88.** Los convenios internacionales vigentes en Derecho español pueden dividirse, de acuerdo con la propuesta metodológica de sobre el reenvío defendida con acierto y solvencia intelectual por L. MIGLIORINO, en varios grupos diferentes<sup>143</sup>. Un primer grupo de convenios, -notablemente más numeroso-, niegan todo reenvío y emplean al efecto diversas estrategias de técnica jurídica. Un segundo grupo de convenios, -más restringido-, lo admiten, aunque cabe albergar ciertas reservas, dudas y preguntas inquietantes al respecto.

**89.** En primer lugar, ciertos convenios internacionales se ocupan de aclarar que las situaciones privadas internacionales reguladas por los mismos quedan sujetas a la “Ley interna” designada por la norma de conflicto contenida en el convenio en cuestión. Dicha referencia en favor de la “Ley interna” impide la consulta de las normas de conflicto extranjeras, evitándose todo posible reenvío. Ejemplos de esta postura son, entre otros, los siguientes preceptos: 1º) Art. 2.1 del Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores: “Las autoridades competentes de acuerdo con el art. 1 adoptarán las medidas previstas por su *ley*

<sup>141</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Nota a STS 15 noviembre 1996”, *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Nota a STS 21 mayo 1999”, *REDI*, 1999, pp. 7576-760. Más terminante en M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992.

<sup>142</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a STS 23 septiembre 2002”, *REDI*, 2003, pp. 424-435.

<sup>143</sup> L. MIGLIORINO, “La questione del rinvio e le soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 499-512.

*interna*”<sup>144</sup>; 2º) Art. 1.I del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre conflictos de leyes en cuestión de forma de las disposiciones testamentarias: “Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la *ley interna*: a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o b) [...]”<sup>145</sup>; 3º) Art. 4 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias: “La *ley interna* de la residencia del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el art. 1” (criterio similar se observa en el art. 6 del mismo convenio)<sup>146</sup>; 4º) Art. 3 del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera: “La Ley aplicable será la *ley interna* del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente”<sup>147</sup>; 5º) Art. 4 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos: “La legislación aplicable será el *Derecho interno* del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño [...]” (cursivas añadidas)<sup>148</sup>. La dicción “Ley interna” ha sido criticada por su imprecisión, pues también las normas de conflicto extranjeras son “leyes internas”, elaboradas por un legislador extranjero autónomo. Más adecuado hubiera sido afirmar que la referencia al Derecho extranjero se entiende hecha con exclusión de las normas de conflicto de leyes de dicho ordenamiento.

**90.** En segundo lugar, otros convenios internacionales de Derecho internacional privado prohíben *de modo expreso* el reenvío (*ad ex.* art. 15 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980, hoy no en vigor para España)<sup>149</sup>. La remisión al Derecho extranjero, -según afirman estos convenios-, no comprende las normas extranjeras de Derecho internacional privado. De dicho modo, el reenvío es técnicamente imposible. Así, el citado art. 15 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 indicaba: “Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, *con exclusión de las normas de Derecho internacional privado*” (cursiva añadida).

**91.** Finalmente, un tercer grupo de convenios internacionales contienen una prohibición implícita del reenvío. Tales convenios sólo contienen una “causa tasada” de inaplicación de la ley designada por la norma de conflicto convencional, la contrariedad de la ley designada con el orden público internacional del Estado de que se trate. Se trata, pues, de una interpretación *a sensu contrario* del articulado convencional. Dicha lectura se trata de justificar en el carácter de *excepción* del orden público internacional. Un ejemplo de este proceder es el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos<sup>150</sup>. El convenio no contiene norma alguna sobre el reenvío, pero la única causa que establece sobre inaplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto es su contrariedad con el orden público internacional del Estado en cuestión: *a sensu contrario*, un posible reenvío no puede ser causa de inaplicación de la ley designada por la norma de conflicto convencional. El art. 4 del Convenio citado indica: “*La ley indicada por el presente Convenio solamente podrá dejar de aplicarse si fuera manifiestamente incompatible con el orden público*”. Ante el silencio del Convenio sobre el reenvío, procede, se dice, una lectura *a sensu contrario* del convenio y en particular de este precepto: el reenvío no puede ser una causa de inaplicación de la ley designada por la norma de con-

<sup>144</sup> Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm.199 de 20 agosto 1987 y BOE núm. 267 de 7 noviembre 1987).

<sup>145</sup> Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm.197 de 17 agosto 1988. Entrada en vigor para España: 10 junio 1988).

<sup>146</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (BOE núm.222 de 16 septiembre 1986).

<sup>147</sup> Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 mayo 1971 (BOE núm.264 de 4 noviembre 1987 y corr.err. BOE núm.107 de 24 diciembre 1987).

<sup>148</sup> Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (BOE núm.21 de 25 enero 1989).

<sup>149</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 y Protocolos de interpretación por el TJCE (versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005; BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993).

<sup>150</sup> Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 septiembre 1980 (BOE núm.303 de 19 diciembre 1989).

flicto convencional (art. 1 Convenio de Munich), puesto que la única causa de inaplicación de dicha ley es su contrariedad con el orden público internacional del Estado de que se trate<sup>151</sup>. No obstante, cierta doctrina ha estimado que el art. 1 del Convenio de Munich declara aplicable la *Ley tout court* del Estado del que es nacional una persona, y no solamente sus normas sustanciales, como se había previsto en un principio<sup>152</sup>. En el mismo caso se encuentra el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del que cierta doctrina afirma que acepta el reenvío<sup>153</sup>.

**92.** Por otro lado, los convenios internacionales que admiten el reenvío en Derecho internacional privado español son minoría.

En primer lugar, puede citarse el Convenio de Washington de 18 marzo 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>154</sup>. Su art. 42 parece admitirlo expresamente, y aun así, autores como A. GIARDINA y G.R. DELAUME manifiestan sus dudas con argumentos muy solventes<sup>155</sup>.

En segundo lugar, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños] adopta, en este punto, una posición polémica que exige distinguir diversos aspectos<sup>156</sup>. Como regla general, las normas de conflicto recogidas por el convenio remiten siempre al “*Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes*” (art. 21.1 CH 1996). Ello significa que cuando una norma de conflicto del convenio remite a la Ley de un concreto Estado, se aplica la Ley sustantiva de dicho Estado y no sus normas de conflicto. En consecuencia, el reenvío es imposible, ya sea de primer o de segundo grado o reenvíos ulteriores. Ahora bien, si la ley aplicable en virtud del art. 16 CH 1996 fuera la de un primer Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro segundo Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado (art. 21.2 *in primis* CH 1996). Si este otro Estado no contratante no aplicaría su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16 (art. 21.2 *in fine* CH 1996). En todo caso, el reenvío de tercer grado o superior no puede tener lugar cuando resultan aplicables las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños]. Este controvertido art. 21 CH 1996 suscita una serie de consideraciones y anotaciones de importancia: (a) El precepto acepta un reenvío de segundo grado porque dicho reenvío garantiza una “armonía internacional de soluciones de Derecho internacional privado”, ya que el Estado parte en el convenio, el Estado no contratante primero al que remiten las normas de conflicto de dicho convenio y el Estado no contratante segundo al que remiten las normas de conflicto del Estado no contratante primero, aplicarán todos ellos, así, la misma Ley sustantiva, la Ley sustantiva del segundo Estado no contratante; (b) En el caso de que este otro segundo Estado no contratante no aplicara su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16 CH 1996, esto es, se niega el reenvío de segundo grado y se aplica la Ley sustantiva designada por la norma de conflicto contenida en el convenio (Informe explicativo *Lagarde*, n.118); (c) Si el segundo Estado es un “Estado contratante”, el reenvío es imposible y se aplica la Ley del país designada por la norma de conflicto contenida en el convenio; (d) Debe señalarse que esta regla que permite el reenvío de segundo grado sólo es operativa en

<sup>151</sup> Vid. J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado*, Editorial Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 123-124, con ciertos matices.

<sup>152</sup> A.V.M. STRUYCKEN, “La convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms”, *REDI*, 1990, pp. 153-170; Id., “La convenzione di Monaco sulla legge applicabile ai cognomi e nomi”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1991, vol.XXVII, pp. 573-592.

<sup>153</sup> Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996). Vid. A.E. ANTON, “The Hague convention of international child abduction”, *JCLQ*, 1981, vol.30, pp.537-567; G. CARELLA, “La convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori”, *RDIPP*, 1994, pp. 777-794.

<sup>154</sup> Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 mayo 1965 (selección de normas) (BOE núm.219 de 13 septiembre 1994).

<sup>155</sup> A. GIARDINA, “L’exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”, *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 273-293; G.R. DELAUME, “La convention pour la règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d’autres Etats”, *JDI Clunet*, vol.93, 1966, pp. 26-49.

<sup>156</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

relación con medidas de responsabilidad parental que surgen, se modifican o se extinguen por ministerio de la Ley (medidas de responsabilidad parental *ope legis*: art. 16 CH 1996). No cabe, por tanto, ningún reenvío de ningún tipo, en el caso de medidas de protección de menores que deben ser adoptadas por autoridades públicas, ya sean administrativas o judiciales, de los Estados contratantes (art. 15 CH 1996).

En tercer lugar, a los dos convenios internacionales anteriores deben añadirse, según cierta doctrina, otros convenios que no excluyen expresamente el reenvío. En concreto, el ya citado Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, y el también citado Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que darían cobijo al reenvío tanto de primer grado como de ulteriores grados. Sin embargo, esta opinión, -basada en una interpretación del silencio de los convenios internacionales sobre la cuestión del reenvío-, es más que dudosa, como han puesto de relieve con argumentos poderosos A.V.M. STRUYCKEN, A.E. ANTON y G. CARELLA<sup>157</sup>. Admitir el reenvío en estos convenios de un modo mecánico puede vulnerar los objetivos materiales perseguidos por los mismos, por lo que sólo podría aceptarse, en su caso, y con reservas de calado notable, cuando la observancia del reenvío sirva a dichos objetivos materiales.

### e) Reenvío en Derecho internacional privado de la Unión Europea

**93.** En Derecho internacional privado europeo no existe una norma general que resuelva de modo específico la cuestión del reenvío. Cada Reglamento europeo aborda la cuestión de manera independiente. En esta línea es posible diferenciar dos situaciones.

La regla general en Derecho internacional privado europeo es el rechazo global del reenvío. La gran mayoría de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado impiden en reenvío con una “fórmula *standard*”, que suele expresarse de este modo: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país” (art. 24 RR-II, art. 20 RR-I, art. 11 RR-III, art. 7.1 R.2015/848 [el reenvío está implícitamente prohibido], art. 12 Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007). Dos razones, muy bien desarrolladas por S. CORNELOUP, explican esta exclusión general<sup>158</sup>.

En primer lugar, el legislador europeo entiende que las normas de conflicto europeas conducen en todo caso a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. Por ello, permitir el reenvío produciría el indeseable resultado de provocar la aplicación de una Ley imprevisible para las partes, de una Ley que no es la más vinculada con la situación, de una Ley que comportaría a las partes altos costes de información.

En segundo lugar, el reenvío provoca inseguridad jurídica, de modo que su exclusión permite que la Ley reguladora de la situación jurídica sea la Ley material designada de modo directo por la norma de conflicto europea. De ese modo, la norma de conflicto europea es previsible, certera y estable para las partes.

La regla especial se basa en una admisión limitada del reenvío. Sólo dos reglamentos europeos permiten el reenvío y lo hacen en situaciones muy concretas y por motivos distintos relacionados con la materia en cuestión, por lo que puede afirmarse, de nuevo bajo la guía de S. CORNELOUP, que el Derecho europeo ha hecho del reenvío algo „raro“ en el Derecho internacional privado de la Unión Europea<sup>159</sup>:

<sup>157</sup> A.V.M. STRUYCKEN, “La convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms”, *REDI*, 1990, pp. 153-170; Id., “La convenzione di Monaco sulla legge applicabile ai cognomi e nomi”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1991, vol.XXVII, pp. 573-592; A.E. ANTON, “The Hague convention of international child abduction”, *ICLQ*, 1981, vol.30, pp. 537-567; G. CARELLA, “La convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1994, pp. 777-794.

<sup>158</sup> S. CORNELOUP, „Zum Bedeutungsverlust des Renvoi“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 147-153.

<sup>159</sup> S. CORNELOUP, „Zum Bedeutungsverlust des Renvoi“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 147-153.

(a) El art. 34 R. 650/2012 (Reglamento sucesorio europeo) permite el reenvío de primer y segundo grado para lograr una armonía internacional de soluciones, de modo que la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea la misma ya se litigue ante un tribunal de un Estado miembro o ante un tribunal de un tercer Estado; (b) El art. 20 RR-I indica que, con arreglo al art. 7.3.II RR-I, pueden aplicarse ciertas normas de conflicto de los Estados miembros en materia de seguros si dichas normas “*conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro*”, escribe P. LAGARDE<sup>160</sup>. El objetivo es permitir una más amplia libertad para elegir la Ley aplicable en relación con estos contratos de seguro.

#### f) **Ámbito operativo actual del art. 12.2 CC**

**94.** En la actualidad, el reenvío regulado en el art. 12.2 CC presenta un ámbito operativo real muy reducido. El art. 12.2 CC ha pasado a ser, ya en el siglo XXI, una norma poco importante en el sistema español de Derecho internacional privado. El reenvío de primer grado que permite dicha norma se ha convertido en un mecanismo escasamente operativo. Ello obedece a diversas razones de índole distinta.

**95.** En primer lugar, la primacía del Derecho internacional privado europeo sobre el Derecho internacional privado español comporta que el art. 12.2 CC presente, en la actualidad un ámbito objetivo muy escaso.

El art. 12.2 CC no es aplicable, al día de hoy, en relación con los contratos internacionales, las obligaciones extracontractuales, el divorcio y la separación judicial, la insolvencia transfronteriza, los alimentos y las sucesiones *mortis causa*. Todas estas materias se rigen por instrumentos legales europeos e impiden la aplicación a las mismas del art. 12.2 CC.

En realidad, el art. 12.2 CC sólo permite activar el reenvío de primer grado, y en los estrechos límites admitidos por el precepto, en relación con la capacidad y estado civil (art. 9.1 CC), efectos del matrimonio pero sólo en los casos que, *ratione temporis*, no están cubiertos por el Reglamento 2016/1103 [régimen económico matrimonial] (art. 9.2 CC), filiación (art. 9.4 CC), protección de mayores de edad (art. 9.6 CC), adopción internacional (arts. 18-22 LAI), derechos reales (art. 10.1-4 CC) y representación legal (art. 10.11 CC). También se aplica en el ámbito sucesorio pero exclusivamente a casos ya antiguos, esto es, cuando el causante haya fallecido antes del 17 agosto 2025. El reenvío ha dejado de ser operativo en relación con los regímenes económicos matrimoniales al entrar en plena aplicación el 29 enero 2019 el Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016 [competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales]. Y aquí está la cuestión clave y es que el art. 12.2 CC no es ya aplicable al ámbito en el que tradicionalmente se ha aplicado con mayor frecuencia: las sucesiones internacionales *mortis causa*. La importancia real del art. 12.2 CC en la litigación internacional es, hoy día, muy reducida.

**96.** En segundo lugar, la primacía de los convenios internacionales vigentes para España sobre el art. 12 CC hace que este precepto no sea aplicable a los casos ya cubiertos por tales convenios. Por otro lado, la mayor parte de los mismos, si es que no todos, prohíben el reenvío o no lo contemplan.

**97.** En tercer lugar, el TS ha interpretado de manera restrictiva el art. 12.2 CC. Según el TS, el reenvío recogido en dicho precepto no es obligatorio para el juez español y sólo puede activarse cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos. El TS ha rechazado el reenvío automático y ha apostado por un reenvío funcional, un reenvío que sirve para hacer justicia en el caso concreto.

<sup>160</sup> P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 727-780.



## C) Orden público internacional (art. 12.3 CC)

### a) La solución ofrecida por el art. 12.3 CC

98. En relación con las normas de conflicto españolas de producción interna, la ley reclamada por las mismas puede resultar contraria al orden público internacional. La cuestión aparece regulada por el art. 12.3 CC cuyo texto, que data de 1974, dispone que: “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. Es la cláusula conocida como “*orden público internacional*” (*ordre public / Public Policy / Voberhaltsklausel*). Se trata, es sabido, de una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país. El análisis del art. 12.3 CC arroja el siguiente balance.

99. a) *Imprecisión del orden público al que se refiere el art. 12.3 CC*. El art. 12.3 CC alude, simple y llanamente, al “orden público”. Sin embargo, la expresión debe ser interpretada como orden público “internacional” en virtud de varios argumentos bien expuestos por T. BALLARINO<sup>161</sup>: (a) *Argumento sistemático*. El precepto está situado en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, que está dedicado a las normas de Derecho internacional privado; (b) *Argumento funcional*. El precepto desarrolla una función muy definida: impedir la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios básicos de Derecho español.

100. b) *Casos en los que debe intervenir el orden público internacional: “lista cerrada” de casos vs. “lista abierta” de casos*. El art. 12.3 CC no contiene una “lista negra” de supuestos en los que resulta vulnerado el orden público internacional español. Ello comporta varias consecuencias.

En primer lugar, para si la “aplicación” de un Derecho extranjero “resulta” contraria al orden público internacional, los “datos de hecho” del supuesto concreto son relevantes, observa P. MENGOZZI<sup>162</sup>. En efecto, el orden público internacional es un “concepto jurídico indeterminado” (ATS 24 octubre 1979; SAP Guadalajara 23 marzo 2006; SAP Gipúzcoa 29 febrero 2008 [divorcio entre cónyuges marroquíes y custodia de menores], STSJ Murcia 28 junio 2012 [impugnación de laudo arbitral y noción de “orden público”]), que se concreta “caso por caso” como demuestra P. LAGARDE<sup>163</sup>. Por ello, la aplicación de una determinada Ley extranjera puede resultar contraria al orden público internacional español en ciertos casos, pero no en otros supuestos con características distintas. El orden público internacional español no debe intervenir contra la aplicación de Leyes extranjeras que, aunque están construidas sobre principios opuestos a los del Derecho español, conducen a “resultados similares” a los que hubiera conducido la aplicación del Derecho español.

En segundo término, visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse “caso por caso”, son los tribunales los que deben decidir la cuestión de si la aplicación de un Derecho extranjero vulnera, en el caso concreto, el orden público internacional. A tal efecto, los tribunales actúan de modo discrecional, pero nunca arbitrario. Sólo pueden descartar la aplicación de una Ley extranjera en nombre del “orden público internacional” si dicha decisión está plenamente justificada y motivada. La intervención del orden público internacional debe sujetarse a la “prudente valoración del juzgador”, apuntan B. BAREL / ST. ARMELLINI<sup>164</sup>. El peligro de este protagonismo de los tribunales radica en que los estamentos judiciales más acomodados suelen exagerar la intervención del “orden público in-

<sup>161</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, pp. 288-299.

<sup>162</sup> P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Ed. Scientifica, Napoli, 2004, pp. 48-50.

<sup>163</sup> ATS 24 octubre 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1185]; SAP Guadalajara 23 marzo 2006 [*Aranzadi JUR*, n. 140710]; SAP Gipúzcoa 29 febrero 2008 [CENDOJ 20069370022008100130]; STSJ Murcia 28 junio 2012 [*Aranzadi AC*, n. 848]. *Vid.* P. LAGARDE, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; *Id.*, “Private International Law: Public Policy”, *IECL*, 1994, pp. 1-64.

<sup>164</sup> S. ARMELLINI/B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 89-94.

ternacional” con la intención de aplicar así el Derecho sustantivo de su país (*Lex Fori*) y no complicarse la vida con la aplicación de un Derecho extranjero. Esta actitud lesiona de modo muy grave la seguridad jurídica y los derechos de los particulares a la certeza del Derecho, apunta G. PARRA ARANGUREN<sup>165</sup>. En definitiva, el art. 12.3 CC acepta esta “perspectiva abierta”. El precepto no contiene ninguna “lista cerrada” de casos en los que debe intervenir el orden público internacional español. Sin embargo, pero los jueces y tribunales deben justificar con solvencia, escribe K. CHNG, por qué se recurre al orden público internacional con una carga argumentativa que apuntale perfectamente la aplicación del art. 12.3 CC<sup>166</sup>.

**101. c) El “resultado” de la aplicación del Derecho extranjero.** El art. 12.3 CC indica que no se aplicará la Ley extranjera cuando “resulte” contraria al orden público internacional. El precepto no indica que la Ley extranjera no se aplicará cuando “sea” contraria al orden público internacional (STS 9 diciembre 1986)<sup>167</sup>. Ello significa que no es el “contenido” del Derecho extranjero lo que puede vulnerar el orden público internacional. Es el “resultado” que provoca la aplicación de tal Derecho extranjero en el caso concreto lo que puede comportar un perjuicio para el orden público internacional (RDGRN [12ª] 4 julio 2011 [matrimonio en España entre mujer filipina y varón noruego])<sup>168</sup>. Así lo señalaban ya H. MARTI y J. MAURY hace años<sup>169</sup>. Esta precisión comporta distintas consecuencias.

- 1º) El hecho de que las normas del Derecho extranjero contengan una regulación simplemente “distinta” a la regulación jurídica del Derecho español no activa, por sí solo, el orden público internacional español.
- 2º) Las normas de Derecho extranjero cuya aplicación en España puede provocar efectos contrarios al orden público internacional español son tanto las normas sustantivas extranjeras como las normas de conflicto extranjeras que pudieran tenerse en cuenta en virtud de reenvío de retorno (art. 12.2 CC), como correctamente han indicado B. BAREL / ST. ARMELLINI<sup>170</sup>.

El hecho de que una normativa legal extranjera resulte completamente distinta a la española o, incluso, se base en principios estructurales contrarios a los que inspiran la Ley española no es determinante para declarar que la aplicación del Derecho extranjero es contraria al orden público internacional español. Varios ejemplos pueden ser útiles: 1º) Aunque en Derecho marroquí las mujeres, por el hecho de serlo, disponen, en general, de la mitad de los derechos hereditarios de los varones, debe estarse al resultado, en un caso concreto, de la aplicación de dicha normativa en España. Podría suceder que sólo concurrieran mujeres a la sucesión, con lo que no se produce ningún resultado contrario al orden público internacional español; 2º) En Derecho peruano se exige, para considerar válido un matrimonio, un verdadero consentimiento matrimonial, si bien, en un caso concreto, el juez español puede estimar que la aplicación del Derecho peruano, al no haberse controlado de manera estricta, ha permitido un matrimonio totalmente simulado. En tal caso, debe descartarse la aplicación del Derecho peruano, porque aunque tal Derecho no “es” contrario al orden público internacional español, sí que “resulta” contrario al mismo (RDGRN [20ª] 23 septiembre 2011 [matrimonio celebrado en Perú])<sup>171</sup>; 3º) La aplicación de la Ley de un país que no concede una prestación por desequilibrio al cónyuge tras el divorcio puede resultar contraria al orden público internacional español si dicho cónyuge queda económicamente desasistido

<sup>165</sup> G. PARRA ARANGUREN, “General Course of Private International Law, Selected Problems”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1988, vol.210, pp. 9-224.

<sup>166</sup> K. CHNG, “A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws”, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-1, pp. 130-159.

<sup>167</sup> STS 9 diciembre 1986 [CENDOJ 28079110011986100706].

<sup>168</sup> RDGRN [12ª] 4 julio 2011 [*Aranzadi JUR*, n. 161609].

<sup>169</sup> H. MARTI, *Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im internationalen Privatrecht der Schweiz* (ordre public), Berne, 1940; J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, Cuadernos de la Catedra J.B.Scott, 1952; ID., “L’ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences”, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 727. También P. HAMME, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Revue critique de droit international privé*, 1997, pp. 1-31.

<sup>170</sup> S. ARMELLINI / B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 89-94.

<sup>171</sup> RDGRN [20ª] 23 septiembre 2011 [*Aranzadi JUR*, n. 198462].

de un modo total. Sin embargo, en el caso de, con arreglo a la Ley extranjera dicho cónyuge no quede privado de asistencia económica y haya sido él mismo el que ha renunciado a tal prestación, el resultado de la aplicación de la Ley extranjera no será contrario al orden público internacional español, como han señalado U.P. GRUBER y CH. CHALAS<sup>172</sup>. En dicho sentido se ha pronunciado la muy relevante, también para España, sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 8 julio 2015 [contrato matrimonial regido por el Derecho alemán y renuncia a la prestación por desequilibrio]<sup>173</sup>.

**102. e) Normas de conflicto extranjeras y orden público internacional español.** Cuando la norma de conflicto española remite a un Derecho extranjero y la norma de conflicto extranjera indica que la cuestión debe regirse por el Derecho español, se produce un “reenvío de retorno” admitido por el art. 12.2 CC. El reenvío no es obligatorio en el marco del anterior precepto, como antes se ha indicado. El juez español sólo debe aceptarlo si, a través del mismo, se alcanzan soluciones razonables y justas. Pues bien, puede suceder que las normas de conflicto extranjeras utilicen criterios de conexión discriminatorios que, en abstracto, podrían verse como criterios contrarios al orden público internacional español. Es el caso de normas de conflicto extranjeras que ordenen la aplicación de la Ley del padre como Ley rectora de la filiación, Ley del marido como Ley reguladora de los efectos del matrimonio, Ley de la madre como Ley que rige la filiación, etc. Ahora bien, el orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto que debe apreciarse, siempre, en el caso concreto. Por ello resulta preciso introducir varias precisiones.

- (a) En el supuesto de que la norma de conflicto extranjera contenga criterios de conexión discriminatorios que conduzcan a la aplicación del Derecho español por reenvío de retorno, debe examinarse tanto la *ratio legis* de la norma de conflicto extranjera, -esto es, la razón de ser del punto de conexión extranjero-, como el “resultado final” de dicho reenvío, -es decir, la vinculación del supuesto fáctico con España-, para poder valorar si el mismo provoca contrariedad con el orden público internacional español.
- (b) En presencia de normas de conflicto extranjeras con puntos de conexión realmente discriminatorios, -caso de ciertas normas de conflicto del Derecho de países islámicos que disponen que la filiación se rige por la Ley nacional del padre, ya que éste es de mejor condición jurídica que la madre-, es claro que se trata de un punto de conexión discriminatorio. Se prefiere la Ley nacional del padre porque se considera que el varón es superior, jurídicamente, a la mujer. Llegados a este punto, cabe practicar otra distinción. Primero: si el supuesto fáctico no presenta una vinculación estrecha con España, puede afirmarse que la norma conflicto extranjera comporta un resultado contrario al orden público internacional. En efecto, la única vinculación del supuesto fáctico con España es, precisamente, la circunstancia discriminatoria en cuestión. Segundo: si el supuesto fáctico presenta una vinculación estrecha con España, la norma conflicto extranjera comporta un “resultado no contrario al orden público internacional español”. En efecto, en realidad, aunque la norma de conflicto extranjera designe como aplicable el Derecho español en virtud de una circunstancia discriminatoria, en realidad ello conduce a la aplicación del Derecho sustantivo español porque el supuesto fáctico aparece estrechamente vinculado con España. El resultado de la aplicación de la norma de conflicto extranjera, -la aplicación del Derecho del país más vinculado con el supuesto-, no es, pues, discriminatorio. Así ocurrirá cuando el supuesto fáctico resulta objetivamente vinculado con España no sólo por dicha circunstancia discriminatoria, sino por otros datos o conexiones del caso.

<sup>172</sup> U.P. GRUBER, “Plädoyer gegen die Anpassung beim gesetzlichen Ehegattenerbrecht”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 435-439; CH. CHALAS, “Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?”, *Journal de droit international Clunet*, 2016, pp. 781-826.

<sup>173</sup> Sentencia Cour de cassation, Francia, 8 julio 2015 [*Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 126-132, nota U.P. GRUBER].

- (c) En otros casos, se aprecia la existencia de normas de conflicto extranjeras con puntos de conexión aparentemente discriminatorios pero que responden a una *ratio legis* no discriminatoria. Éste es el caso de la norma de conflicto francesa en materia de filiación. El art. 311-14 *Code civil* francés indica que la filiación se rige por la Ley nacional de la madre<sup>174</sup>. Ahora bien, aunque lo parezca, la designación como aplicable de la Ley nacional de la madre no responde a una razón de ser discriminatoria. No se prefiere la Ley nacional de la madre porque el Derecho francés considere que la madre tiene una “mejor condición legal” que el padre o que es jurídicamente superior al varón. Se prefiere la Ley nacional de la madre por motivos de certeza legal y seguridad jurídica, ya que *mater semper certa est nunquam pater*. Por tanto, ese punto de conexión no es discriminatorio por razón de sexo. En consecuencia, si con arreglo al art. 9.4 CC el caso se rige por la Ley francesa y la Ley española resulta ser la Ley nacional de la madre, podrá aplicarse el Derecho sustantivo español si el caso aparece más estrechamente vinculado con España que con Francia (“reenvío por ajuste de la localización”).

**103.f) Contrariedad entre el Derecho extranjero aplicado al caso concreto y el orden público internacional.** El art. 12.3 CC exige, para poder activar el orden público internacional, que se verifique una “contrariedad” entre la aplicación del Derecho extranjero con los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto en concreto. En consecuencia, cabe afirmar lo que sigue.

En primer lugar, el mero hecho de que una institución jurídica propia de Derecho extranjero no exista en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, no tiene por qué activar el orden público internacional español. Ejemplo 1: el solo dato de que la Ley inglesa admita la validez de un *trust*, figura legal desconocida en Derecho español, no justifica en modo alguno que la aplicación de la Ley inglesa deba ser considerada contraria al orden público internacional español. Ejemplo 2: el hecho de que la Ley colombiana contemple la “separación de cuerpos”, que es una institución legal no regulada en España, y que no presenta la misma regulación que la separación matrimonial del Derecho español, no significa que dicha Ley resulte contraria al orden público internacional español (SAP Burgos 30 julio 2007 [divorcio entre ciudadanos colombianos])<sup>175</sup>. Ejemplo 3: el hecho de que el Derecho marroquí contemple una medida de protección de menores (*kafala*) que no existe en Derecho español, no significa en modo alguno que el Derecho marroquí, por dicha razón, produzca efectos contrarios al orden público internacional español (STS CA 9 diciembre 2011 [*kafala* constituida en Marruecos])<sup>176</sup>. Ejemplo 4: si la ley aplicable a la custodia del menor contempla una medida de protección desconocida en Derecho español, como la *haddana* y la *nafaqa* marroquíes, tales medidas se implementarán por los tribunales españoles aunque no se regulen el Derecho español (SAP Pontevedra 29 julio 2016 [haddana marroquí y divorcio entre cónyuges marroquíes])<sup>177</sup>.

En segundo lugar, el solo hecho de que una institución jurídica se regule en una Ley extranjera de modo “diferente” a como se regula en Derecho español, no activa la excepción de orden público internacional (RDGRN 27 mayo 1994 [capacidad nupcial y Derecho marroquí], STCT 13 marzo 1979 [Leyes danesas sobre contrato de trabajo], RDGRN 29 mayo 1993 [matrimonio por poderes celebrado en Uruguay entre español y uruguayo])<sup>178</sup>. Así, por ejemplo, el plazo para ejercitar la acción de nulidad del matrimonio es diferente en Derecho ecuatoriano y en Derecho español, pero ello no activa el orden público internacional español y no impide la aplicación en España del Derecho ecuatoriano (SAP Guadalajara 19 enero 2011 [nulidad de matrimonio celebrado en Ecuador])<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> Art. 311-14 *Code civil* francés: “*La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l’enfant ; si la mère n’est pas connue, par la loi personnelle de l’enfant*”.

<sup>175</sup> SAP Burgos 30 julio 2007 [CENDOJ 09059370022007100245].

<sup>176</sup> STS CA 9 diciembre 2011 [CENDOJ 28079130032011100535].

<sup>177</sup> SAP Pontevedra 16 mayo 2014 [ECLI:ES:APPO:2014:1255].

<sup>178</sup> STCT 13 marzo 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1648]; RDGRN 27 mayo 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5898]; RDGRN 29 mayo 1993 [*BIMJ*, n. 1678, pp. 98-100].

<sup>179</sup> SAP Guadalajara 19 enero 2011 [CENDOJ 19130370012011100008].

**104.** La excepción contemplada en el art. 12.3 CC protege el “orden público internacional”. Ello exige perfilar, en la línea sugerida de modo inmejorable por P. LOTTI, estos tres términos<sup>180</sup>.

- *Primero.* La expresión “orden” hace referencia a la “estructura jurídica básica del Derecho español”. Se protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad española, una estructura, un orden que permite mantener la paz social. Ahora bien, no se trata de un “orden público de dirección”, esto es, de los principios básicos de un determinado modelo de sociedad, sino más bien de un “orden público de protección”, orientado a garantizar los derechos individuales de toda persona, ilustra P. FRANZINA<sup>181</sup>. No se trata de “dirigir” u “obligar” a los particulares a seguir un determinado modelo de organización social sino de proteger los derechos fundamentales sobre los que se construye la sociedad española.
- *Segundo.* La expresión “público” hace referencia a la defensa de la “sociedad española”. La “sociedad española” es una estructura supraindividual. El adjetivo “público” tiene sentido porque esta excepción protege intereses públicos y generales: protege la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad del Estado en el que va a ser aplicado un Derecho extranjero, escribe G. CUNIBERTI<sup>182</sup>. Protege la identidad cultural de la sociedad y del Estado, en expresión más que afortunada de C. CAMPLIGLIO<sup>183</sup>.
- *Tercero.* La expresión “internacional” significa, simplemente, que la excepción sólo opera en casos con elementos extranjeros. El orden público “internacional” es, realmente, “nacional”, pues protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad “española”. Naturalmente, la excepción de orden público internacional “español” no protege la estructura fundamental del país extranjero cuya Ley debe ser aplicada (con flagrante error: SAP Madrid 20 mayo 2010 [divorcio entre cónyuges peruanos])<sup>184</sup>.

## b) Principios que integran el orden público internacional español

**105.** El orden público internacional está compuesto por los principios jurídicos del ordenamiento jurídico español que constituyen los ejes maestros sobre los que se edifica el Derecho Privado español, esto es la *lex materialis fori*, apuntan G. CERQUEIRA / N. NORD<sup>185</sup>. Los principios que constituyen el orden público internacional español se extraen de distintos cuerpos legales del Derecho español y europeo (SAP Madrid 23 marzo 2006)<sup>186</sup>.

**106. a) La Constitución española.** La Constitución española contiene numerosos principios básicos del Derecho Privado español (STS CA 24 enero 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas], ATS 24 octubre 1979, STS 31 diciembre 1979, STS 5 abril 1966)<sup>187</sup>. Ejemplos: igualdad de los hijos ante la Ley (arts. 14 y 39.2 CE), economía libre de mercado (SAP Madrid 27 enero 1990, arts.

<sup>180</sup> P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale (la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli strumenti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano)*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 33-38.

<sup>181</sup> P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2023, pp. 179-185.

<sup>182</sup> G. CUNIBERTI, “Le juge est tenu d’appliquer la règle de conflit de lois même statuant en référé”, *Revue critique de droit international privé*, 2021, 2, pp. 435-439; G. CUNIBERTI, “Nota a la Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>re</sup> ch. sect. Civile 25 octobre 2007 [gestación por sustitución en California]”, *Journal de droit international Clunet*, 2008, pp. 144-153.

<sup>183</sup> *Vid.* nota anterior. También C. CAMPLIGLIO, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 43-76; C. CAMPLIGLIO, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2011, pp. 1029-1064.

<sup>184</sup> SAP Madrid 20 mayo 2010 [Aranzadi JUR, n. 238493].

<sup>185</sup> G. CERQUEIRA / N. NORD, *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018, pp. 33-39.

<sup>186</sup> SAP Madrid 23 marzo 2006 [Aranzadi JUR, n. 20733].

<sup>187</sup> STS CA 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]; ATS 24 octubre 1979 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 1185]; STS 31 diciembre 1979 [CENDOJ 28079130031979100379] [ECLI:ES:TS:1979:2180]; STS 10 diciembre 1966 [Jurisprudencia Civil, vol. 759, pp. 232-241].

33-38 CE), protección del consumidor, del medio ambiente, del patrimonio histórico, disolubilidad del matrimonio (art. 32 CE), etc.<sup>188</sup> Debe procederse con extrema cautela en dos sentidos.

- *Primero*. No todos los principios fundamentales del Derecho Privado español se contienen en la Constitución española (RDGRN 14 septiembre 1994; SAP Guadalajara 23 marzo 2006)<sup>189</sup>. La regulación de Derecho Privado recogida en la Constitución española, si bien de extrema importancia, es básica y escasa. Por tanto, existen numerosos principios que integran el orden público internacional que no están recogidos en las escasas normas de la Constitución que se ocupan del Derecho Privado. Así, la irrelevancia del sexo de los contrayentes para acceder al matrimonio es un principio que forma parte del orden público internacional español, aunque no se encuentre recogido en la Constitución española. Del mismo modo, la disolubilidad del matrimonio por divorcio o institución jurídica similar constituye un principio integrante del orden público internacional español, aunque la Constitución española se limita a indicar (art. 32.2 CE 1978) que “*la ley regulará .... las causas de separación y disolución [del matrimonio] y sus efectos*”.
- *Segundo*. Cuando un principio de Derecho Privado se encuentra recogido en la Constitución española, puede afirmarse que ello sucede por la importancia valorativa y estratégica fundamental de dicho principio en el Derecho español. En consecuencia, los principios jurídicos de Derecho Privado contenidos en la Constitución forman parte del orden público internacional español. Ejemplo: derecho a la herencia (art. 33 CE 1978), igualdad de los cónyuges ante la Ley y *jus connubii* (art. 32 CE 1978) defensa del interés del menor y protección jurídica de la familia (art. 39 CE 1978), derecho al honor (art. 18 CE 1978), libertad de expresión (art. 20 CE 1978), etc. Una Ley extranjera cuya aplicación en España vulnera estos principios de Derecho Privado constitucional español lesiona, de modo necesario, el orden público internacional español y por ello no puede aplicarse en España (sentencia Corte di Cassazione, Italia, n. 16601 de 5 julio 2017 [sentencia norteamericana y daños punitivos]<sup>190</sup>). El TJUE también ha indicado, y esto reviste la máxima importancia metodológica-, que una situación legal creada por autoridades de un Estado miembro vulnera el orden público de otro Estado miembro si resulta contraria a la Constitución de este segundo Estado miembro (STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, FD 82-95).

**107. b) Normas de protección de los derechos humanos recogidas en convenios internacionales vigentes para España.** Están en vigor para España numerosos instrumentos legales internacionales que recogen, protegen y defienden ciertos derechos humanos. De tales instrumentos jurídicos es posible extraer principios básicos del Derecho español que forman parte del orden público internacional español, como ha mostrado P. MAYER<sup>191</sup>. La doctrina se pregunta si “*todos*” los derechos humanos recogidos en textos legales internacionales, constituyen un “*contenido necesario*” del orden público internacional español. Dos respuestas son posibles.

- 1º) *Tesis de la “jerarquía de los derechos humanos”*. Esta tesis arranca de estos postulados: la noción de derechos humanos es proteiforme, vaga, indefinida, imprecisa y nebulosa. No todos los derechos humanos presentan la misma importancia y no todos los Estados admiten los mismos derechos humanos o los protegen con la misma intensidad, señala P. HAMMJE<sup>192</sup>. Resultado: existen un grupo de “*derechos humanos absolutos*” que, en todo caso, forman

<sup>188</sup> SAP Madrid 27 enero 1990 [*Revista española de Derecho internacional*, 1991, pp. 195-196].

<sup>189</sup> RDGRN 14 septiembre 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 8876]; SAP Guadalajara 23 marzo 2006 [*Aranzadi JUR*, n. 140710].

<sup>190</sup> Sentencia Corte di Cassazione, Italia, n. 16601 de 5 julio 2017 [<http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2017/07/Cass.-sez-un-5-luglio-2017-n.-16601.pdf>].

<sup>191</sup> P. MAYER, “La convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, *Revue critique de droit international privé*, 1991, vol.LXXX, pp. 651-665; Id., “Le juge et la loi étrangère”, *RSDIDE*, 1991, pp. 481-501.

<sup>192</sup> P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Revue critique de droit international privé*, 1997, pp.1-31.

parte del concepto de orden público internacional español. Es el caso de la tutela judicial efectiva y acceso a los tribunales, no discriminación por razón de sexo, derecho a la libertad y dignidad del ser humano e igualdad entre los hijos. Y existe otro grupo de derechos humanos “menos importantes”, como el derecho a la no discriminación por la orientación sexual, el derecho a cambiar de sexo, etc. Este segundo grupo de derechos humanos “menos importantes” sólo formarían parte del orden público internacional cuando el litigio estuviera particularmente vinculado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. De tal modo se respeta la diversidad de valores y culturas del mundo actual.

- 2º) *Tesis de los derechos humanos absolutos.* Según esta segunda tesis, todos los derechos humanos y derechos fundamentales recogidos en instrumentos legales en vigor para España forman parte del orden público internacional “español”. Varios argumentos, bien ordenados por T. HELMS, apoyan esta segunda tesis<sup>193</sup>: (a) Desde el momento en el que España ha incorporado a su ordenamiento jurídico un “cuadro de derechos humanos”, éstos deben ser defendidos; (b) Los instrumentos legales sobre derechos humanos no contienen ningún “índice de vinculación” que indique que tales derechos sólo se protegen “en situaciones conectadas con España”; (c) La distinción entre derechos humanos “de primera división” y “de segunda división” no está recogida en Derecho español. Resultado: no procede la aplicación de Leyes extranjeras que, en el caso concreto, vulneran algún derecho humano, sea éste cual sea.

**108. c) Normas españolas de Derecho Privado de producción interna.** No todos los principios que componen el orden público internacional español se recogen en instrumentos legales internacionales y en la Constitución. Muchos de ellos se contienen en el Código Civil y en las Leyes especiales españolas de Derecho Privado, ya que constituyen ejes maestros del Derecho español. Ejemplos: el divorcio debe ser definitivo y no revocable, el matrimonio es monogámico, prohibición de adopción de descendientes, el matrimonio puede ser contraído por personas de distinto y del mismo sexo, el testamento es un acto jurídico personalísimo, etc. Así, más en concreto, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no se recoge en el CEDH 1950 pero sí en el Código civil español y se considera como un principio que forma parte del orden público internacional español (*vid.* por analogía con la situación en Francia, la sentencia de la Cour Cassation, Francia, 28 enero 2015)<sup>194</sup>.

**109. d) El Derecho Privado de la Unión Europea.** Varios aspectos deben analizarse en relación con este punto.

- 1º) El Derecho europeo es un ordenamiento jurídico en sí mismo, distinto del Derecho español. Es curioso, sagazmente escribe F. MARRELLA, que el legislador de la UE, siempre atento a salvaguardar la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional, no haya dispuesto nada sobre el “orden público internacional europeo” en los reglamentos de Derecho internacional privado<sup>195</sup>. Todos ellos se refieren al “orden público del foro” (*vid. ad ex. art. 16 RR-I*). Estos reglamentos no aluden al orden público “de la UE” o “europeo” o “transnacional” sin más, sino al orden público internacional “del foro”, esto es, al orden público nacional de cada Estado miembro cuyos tribunales deben aplicar, en principio, un Derecho extranjero.
- 2º) El art. 12.3 CC se refiere al “orden público”, sin más. Los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de la Haya también se refieren, sin más, al “orden público”.

<sup>193</sup> T. HELMS, „Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auf das IPR“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 153-159.

<sup>194</sup> Sentencia Cour de cassation, Francia, 28 enero 2015 [ECLI: FR:CCASS:2015:C100096].

<sup>195</sup> F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2017, pp. 33-435.

- 3º) Sin embargo, cuando conoce del litigio un tribunal español, dicho tribunal opera como juez español y como juez europeo al mismo tiempo. En consecuencia, un tribunal español debe emplear el art. 12.3 CC y las cláusulas de orden público presentes en los instrumentos legales europeos y en convenios internacionales para rechazar la aplicación de un Derecho extranjero para defender: (i) los principios básicos del ordenamiento jurídico nacional y (ii) los principios básicos y esenciales del Derecho de la UE, precisa S. POILLOT-PERUZZETTO<sup>196</sup>. En suma, el orden público de cada Estado miembro engloba tanto el “orden público internacional nacional”, formado por los principios que inspiran su ordenamiento jurídico nacional, como el orden público europeo, compuesto por los principios fundamentales sobre los que se edifica el Derecho de la Unión Europea. En efecto, el Derecho de la Unión Europea es Derecho vigente en España y prevalece sobre el Derecho español. Los jueces españoles operan como jueces españoles y también como jueces europeos. Por ello, están obligados a defender un orden público internacional formado por principios derivados tanto del Derecho español como del Derecho de la Unión Europea. En suma, el orden público internacional cubre tanto el orden público internacional propio de cada Estado miembro como el orden público internacional europeo, esto es, que constituye la estructura valorativa primordial del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Así lo ha entendido el TJUE en la STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China* y STJCE 11 mayo 2000, C-38/98, *Renault*<sup>197</sup>. El orden público europeo no está integrado en el orden público nacional o estatal de cada Estado miembro. Es más correcto afirmar, por el contrario, que los jueces de un Estado miembro defienden tanto el orden público internacional nacional de su concreto Estado miembro como el orden público internacional de la Unión Europea. En algunos casos, una Ley extranjera puede resultar contraria tanto al orden público europeo como español, pero en otros casos puede ser contraria al primero y no al segundo y viceversa.
- 4º) En este sentido, puede afirmarse que el orden público internacional europeo está integrado por los principios básicos sobre los que se construye la legislación europea de Derecho Privado. Se trata de principios fundamentales como la libre competencia (art. 101 TFUE, antiguo art. 81 TCE), protección de los consumidores, protección del agente, protección del autor de obras protegidas por la propiedad intelectual e industrial, libre circulación de ciudadanos de la UE, libre circulación de mercancías, tutela judicial efectiva, el *favor divortii*, -que inspira los Reglamentos Bruselas II-ter y Roma III-, la libertad de pactos en materia contractual, -que vertebró el Reglamento Roma I-, el interés superior del menor, -que inspira el Reglamento Bruselas II-ter-, etc.
- 5º) Por otro lado, el TJUE ha desplegado una actividad importante a la hora de concretar el significado de la cláusula del orden público. En tal sentido, puede afirmarse lo siguiente.
- (a) El TJUE ha señalado que un principio jurídico concreto propio del Derecho de la UE puede ser considerado como es “esencial” y que, por tanto, debe ser protegido a través de la cláusula del “orden público internacional del foro”. Así lo ha subrayado en relación, por ejemplo, con el principio de defensa de la libre competencia en la UE, derecho a audiencia en el proceso civil (STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*; STJCE 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*)<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l'actualité*, 2008-5, pp. 3-11.

<sup>197</sup> STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*, Recopilación, 1999, p. I-03055 [ECLI:EU:C:1999:269]; STJCE 11 mayo 2000, C-38/98, *Regie Nationales des Usines Renault vs. Muxican y Orazio Formento*, Recopilación, 2000, p. I-2973. [ECLI:EU:C:2000:225].

<sup>198</sup> STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*, Recopilación, 1999, p. I-03055 [ECLI:EU:C:1999:269]; STJCE 28 marzo 2000, C-7/98, *Dieter Krombach vs. André Bamberski* [ECLI:EU:C:2000:164], Recopilación, 2000, p. I-1935.



- (b) El TJUE también ha destacado que un principio jurídico concreto propio del Derecho de la UE no siempre debe ser considerado como “esencial” y que, por tanto, no forma parte, necesariamente, del “orden público internacional europeo”.
- (c) El TJUE puede indicar que un principio jurídico propio del Derecho de un Estado miembro no puede integrar su orden público internacional porque es incompatible con la construcción de la UE y/o con la correcta aplicación del Derecho de la UE. En tal sentido, subraya acertadamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el TJUE limita el alcance del orden público de cada Estado miembro<sup>199</sup>.
- (d) El TJUE no puede decidir la lista de principios específicos que constituyen el orden público de un concreto Estado miembro. Ello corresponde a cada Estado miembro en concreto (STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, FD 38)<sup>200</sup>.

### c) Caracteres de los principios de orden público internacional español

**110.** a) *Principios básicos, absolutos y estructurales del Derecho privado español.* Para considerar que un principio jurídico concreto forma parte del “orden público internacional español”, tal principio debe ser un “principio fundamental”, un “eje central” o “principio básico” del ordenamiento jurídico español. Un principio jurídico es “fundamental” o “básico” cuando presenta dos características (STS 8 octubre 2010 [testamento mancomunado otorgado por causante alemán en Alemania], STS 5 abril 1966, STS 31 diciembre 1979, SAP Guadalajara 23 marzo 2006)<sup>201</sup>.

- 1º) *Son principios con un valor absoluto y general en el ordenamiento jurídico del Estado.* Se trata de principios y valores que “*inspiran y presiden el ordenamiento nacional*”. El orden público internacional es “*el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad*”. Esta idea la expresa muy correctamente la Cour de Cassation francesa al afirmar que un principio forma parte del orden público cuando se trata de “*un principe de justice universelle considéré dans l’opinion française comme dû de valeur internationale absolue*”. Se trata de principios jurídicos del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto y que son válidos para todas las personas y situaciones (sentencia Cour de Cassation, Francia, 28 enero 2015)<sup>202</sup>. Principios jurídicos fuertes que no admiten ninguna excepción. Ejemplo 1: no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial de los contrayentes. Ejemplo 2: el deudor no responde de sus obligaciones con su libertad, sino sólo con su patrimonio.
- 2º) *Son principios que recogen intereses necesarios para el correcto funcionamiento de la sociedad.* El conjunto de valores y principios que componen el orden público internacional funcionan “*como pauta para el funcionamiento correcto*” del Derecho español y de la sociedad española. En efecto, los principios que forman el orden público internacional español reflejan valores esenciales e irrenunciables, es decir, “*intereses generales de la sociedad*” necesarios para la conservación de dicha sociedad en una época determinada, necesarios para garantizar la cohesión jurídica necesaria para la convivencia y la paz social

<sup>199</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de familia: ¿estribo, espuela o meros observadores?”, en J. SOLÉ RESINA (COORD.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 169-182. Con mayor profundidad y gran agudeza en S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y Derecho Privado Europeo”, en S. CÁMARA LAPUENTE (DIR.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1157-1190.

<sup>200</sup> STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806].

<sup>201</sup> STS 8 octubre 2010 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 2010\8009]; STS 5 abril 1966 [Jurisprudencia Civil, p. 77]; STS 31 diciembre 1979 [CENDOJ 28079130031979100379] [ECLI:ES:TS:1979:2180]; SAP Guadalajara 23 marzo 2006 [Aranzadi JUR, n. 140710].

<sup>202</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 28 enero 2015 [ECLI: FR:CCASS:2015:C100096].

de la sociedad española (STS 5 abril 1966, STS 31 diciembre 1979, SAP Guadalajara 23 marzo 2006)<sup>203</sup>.

**111. b) Principios generales.** Dos observaciones resultan precisas en este punto para despejar dudas.

En primer lugar, el orden público internacional está compuesto por “principios”. Y los principios son siempre, por definición, directrices “generales”. Ejemplos: no discriminación por raza o sexo, igualdad de los cónyuges ante la ley, protección del patrimonio artístico y medioambiental, monogamia matrimonial, propiedad privada, derecho a la herencia, tutela judicial efectiva, estabilidad del estado civil, interés del menor (SAP Palma Mallorca - Maó 5 junio 2008 [Derecho búlgaro: los tribunales españoles no pueden aplicar una Ley extranjera que suponga perjuicio al interés superior del menor]), etc<sup>204</sup>. El orden público internacional no está formado por “normas” del Derecho español, sino por determinados “principios” del mismo (RDGRN 6 abril 1979; STS 5 abril 1966)<sup>205</sup>. Por ello, la expresión, todavía muy utilizada, de “normas de orden público”, es inexacta e incorrecta e induce a confusión y a engaño al jurista y a los particulares. Debe, más bien, hacerse referencia a “normas que contienen principios integrantes del orden público internacional”.

En segundo lugar, las normas jurídicas especiales del Derecho español contienen principios específicos que no forman parte del orden público internacional español. En efecto, tales normas y principios no inspiran ni presiden el ordenamiento jurídico español, ni tampoco constituyen una pauta para el funcionamiento correcto o la misma existencia coherente del Derecho español, ni son garantía de la integridad del mismo (STS 8 octubre 2010 [testamento mancomunado otorgado por causante alemán en Alemania y posterior testamento otorgado en España])<sup>206</sup>. Ejemplo: las normas del Código Civil español que prohíben el testamento mancomunado son normas especiales que regulan una cuestión muy concreta y reflejan principios específicos que no deben considerarse principios integrantes del orden público internacional español. Por ello puede aplicarse en España la Ley extranjera que admita los testamentos mancomunados.

**112. c) Principios “actuales”.** Los principios que conforman el orden público internacional cambian en el tiempo como también cambia la legislación de cada Estado (SAP Madrid 23 marzo 2006; RDGRN 6 abril 1979; STS 13 octubre 1976)<sup>207</sup>. El orden público internacional español está compuesto por los principios que, en el momento presente, forman los pilares fundamentales del Derecho Privado español, en palabras de A. PILLET bien glosadas y analizadas, en España, por M. DE ANGULO<sup>208</sup>.

**113. d) Principios jurídicos “nacionales”.** Cada Estado organiza la convivencia de “su” sociedad como tiene por conveniente a través de sus propias Leyes. Por tanto, cada Estado dispone, también, de “su” conjunto de principios básicos que operan como “su” excepción de orden público internacional (RDGRN 6 abril 1979)<sup>209</sup>. El orden público internacional es, por tanto, diferente de Estado a Estado, es una noción nacional, una *nationale Vorstellung*, destaca H. MEISE<sup>210</sup>. El orden público internacional es, realmente, “nacional”. Existe un orden público internacional “español”, distinto al orden público internacional “marroquí” y al orden público internacional “japonés”, “francés” o “australiano”. Así lo

<sup>203</sup> STS 5 abril 1966 [*Jurisprudencia Civil*, p. 77]; STS 31 diciembre 1979 [CENDOJ 28079130031979100379] [ECLI:ES:TS:1979:2180]; RDGRN 14 septiembre 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 8876]; SAP Guadalajara 23 marzo 2006 [*Aranzadi JUR*, n. 140710].

<sup>204</sup> SAP Palma Mallorca - Maó 5 junio 2008 [*Aranzadi JUR*, n. 338703].

<sup>205</sup> RDGRN 6 abril 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1462]; STS 5 abril 1966 [*Jurisprudencia Civil*, p. 77].

<sup>206</sup> STS 8 octubre 2010 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2010\8009].

<sup>207</sup> STS 13 octubre 1976 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4097]; SAP Madrid 23 marzo 2006 [*Aranzadi JUR*, n. 20733]; RDGRN 6 abril 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1462].

<sup>208</sup> A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Sirey, 1923-1924, pp. 123-124; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Objeto, contenido y pluralidad normativa en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1970, vol. XIII, pp. 745-772.

<sup>209</sup> RDGRN 6 abril 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1462].

<sup>210</sup> H. MEISE, *Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht*, Diss. Hamburg, 1965, pp. 39-49.

confirma el art. 23 LAI 2007, que se refiere de modo expreso al orden público internacional “español” y que es un texto más moderno y más perfecto que el ya viejo texto del art. 12.3 CC. En consecuencia, los principios fundamentales que constituyen el orden público internacional “español” se extraen, exclusivamente, del Derecho español.

#### **d) Naturaleza restrictiva del orden público internacional**

**114.** La cláusula de orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, ya que impide la aplicación de la Ley extranjera. Como tal excepción, debe operar, siempre, de modo restrictivo (SAP Baleares 27 julio 2009 [Derecho alemán: orden público internacional], RDGRN 6 abril 1979; RDGRN 10 octubre 1994; RDGRN 27 mayo 1994; STS 13 octubre 1976)<sup>211</sup>.

El carácter restrictivo del orden público internacional significa que éste operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello. A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto y una vez que ha quedado probado el contenido del Derecho extranjero y el efecto negativo que produciría su aplicación en España en el supuesto específico del que se trate, apunta acertadamente S. CLAVEL<sup>212</sup>. De todos modos, la naturaleza restrictiva del orden público internacional no debe impedir, en ningún caso, que éste sea activado, siempre, para defender los derechos humanos de los particulares afectados por la aplicación de un Derecho extranjero que ignora tales derechos, como enfatizan J. OSTER y A. DIONISI-PEYRUSSE<sup>213</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia han diseñado distintas estrategias jurídicas para lograr que el orden público internacional opere de modo restrictivo. Las tres técnicas más extendidas son: (a) el orden público internacional “parcial”; (b) el orden público internacional “atenuado” y (c) el orden público internacional “de proximidad”. Se trata a hora de comprobar si estas tres estrategias pueden tener cabida en el texto y en la *ratio* del art. 12.3 CC.

#### **(i) Orden público internacional parcial**

**115.** Significa esta noción que las disposiciones legales extranjeras cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán (en Francia: Sentencia Cour de Cassation, Francia, 8 noviembre 1943, *Fayeulle*)<sup>214</sup>. Por el contrario, sí se aplicará el resto de las disposiciones extranjeras cuya aplicación en España no resulte contraria a los principios fundamentales del Derecho español. Este orden público internacional “parcial” se recoge de modo expreso en el art. 23 LAI 2007 y encaja perfectamente en el texto y en el espíritu del art. 12.3 CC.

#### **(ii) Orden público internacional atenuado**

**116.** Significa esta noción que el orden público internacional español no debe operar contra la aplicación de un Derecho extranjero cuando éste regula situaciones jurídicas ya creadas legalmente en otros países con arreglo a un Derecho extranjero en lo que respecta a ciertos efectos jurídicos “periféri-

<sup>211</sup> SAP Baleares 27 julio 2009 [ECLI: ES:APIB:2009:922]; RDGRN 6 abril 1979 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1462]; RDGRN 27 mayo 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5898]; STS 13 octubre 1976 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4097].

<sup>212</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5ª ed., Hypercours Dalloz, Paris, 2018, pp. 133-142.

<sup>213</sup> J. OSTER, “Public policy and human rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 542-567; A. DIONISI-PEYRUSSE, «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales creées à l'étranger au nom de l'ordre public international», en *Melanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, pp. 157-177.

<sup>214</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 8 noviembre 1943, *Fayeulle* [*Revue critique de droit international privé*, 1946, p. 273; *JCP*, 1943, p. 2522].

cos” que producen dichas situaciones jurídicas. Ejemplo: el matrimonio poligámico legalmente celebrado en Marruecos con arreglo al Derecho marroquí no será tenido como válido en España, pero la esposa podrá reclamar alimentos a su marido ante los tribunales españoles y los hijos podrán tener una filiación matrimonial y las dos esposas podrán cobrar una pensión de viudedad (STS CA 24 enero 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas]; STSJ Madrid CA 15 marzo 2018 [poligamia])<sup>215</sup>.

**117.** El orden público internacional “atenuado” para las “situaciones legalmente creadas en el extranjero” es una tesis decimonónica original de L. v. BAR y de A. PILLET (sentencia Cour de Cassation, Francia, 28 febrero 1860, *Bulkley*)<sup>216</sup>. Ya en el siglo XX fue relanzada por PH. FRANCESKAKIS y tuvo acogida en la famosa Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, *Rivière*<sup>217</sup>. La tesis arranca de una distinción básica.

**118.** *Primero: situaciones jurídicas que pretenden crearse en España.* En ocasiones, se pretende crear en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera cuya aplicación en España vulneraría el orden público internacional español. Respecto de estas situaciones, el orden público internacional opera de modo total, completo y radical. La creación, en España, de una situación jurídica en virtud de una Ley extranjera cuya aplicación daña los principios básicos del Derecho español, lesiona siempre la cohesión jurídica de la sociedad española. Por ello, el orden público internacional opera con mayor intensidad cuando se trata de “crear” en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera (RDGRN [2ª] 30 junio 2011 [matrimonio civil entre varón nigeriano y mujer alemana], RDGRN [3ª] 20 septiembre 2006 [matrimonio en España de dos marroquíes], RDGRN [2ª] 8 marzo 2007 [matrimonio en España entre británica y nigeriano], RDGRN [1ª] 16 marzo 2007 [matrimonio entre polaca y nigeriano])<sup>218</sup>. Consecuencia: la Ley extranjera no se aplicará y no se permitirá la “creación” en España de dicha situación jurídica. Así, por ejemplo, no se permitirá en ningún caso la celebración, en España, de un matrimonio poligámico, aunque lo admita la Ley nacional de los contrayentes. La DGRN se ha pronunciado en este sentido en numerosas ocasiones (por todas: RDGRN [11ª] 17 noviembre 2008 [matrimonio islámico celebrado en España], RDGRN [1ª] 22 octubre 2004, RDGRN [4ª] 10 diciembre 2004, RDGRN 27 octubre 2006, RDGRN [3ª] 29 septiembre 2006 [denegación de la celebración de matrimonio en España de español, marroquí de origen y casado en Marruecos con otra mujer], RDGRN 11 mayo 1994, RDGRN 8 marzo 1995, RDGRN 5 noviembre 1996, RDGRN 3 diciembre 1996, RDGRN [3.ª] 20 febrero 1997, RDGRN 14 diciembre 2000, RDGRN [2ª] 14 mayo 2001, RDGRN 4 julio 2002, RDGRN [3ª] 23 noviembre 2002, RDGRN [7ª] 4 diciembre 2002, RDGRN 14 diciembre 2000, RDGRN [2ª] 14 mayo 2001)<sup>219</sup>.

**119.** *Segundo: situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero.* Diversas consideraciones son precisas.

- 1º) Existen situaciones jurídicas que ya han sido creadas, ya existen y ya han producido legalmente sus efectos fundamentales en un país extranjero y en una “sociedad extranjera”, cuyo Derecho las admite. Ahora se trata de “exportar” tales situaciones jurídicas con destino a

<sup>215</sup> STS CA 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]; STSJ Madrid CA 15 marzo 2018 [ECLI:ES:TSJM:2018:4001].

<sup>216</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 28 febrero 1860, *Bulkley* [*Sirey*, 1860, p. 210].

<sup>217</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, de 17 abril 1953, *Rivière* [*Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412, nota H. BATIFFOL, *Journal de droit international Clunet*, 1953, p. 860, nota PLAISANT, *RabelsZ*, 1955, p. 520, nota PH. FRANCESKAKIS]. *Vid.* también PH. FRANCESKAKIS, “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 118; *Id.*, “Lois d’application immédiate et règles de conflit”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1967, pp. 691-698.

<sup>218</sup> RDGRN [2ª] 30 junio 2011 [*Aranzadi JUR*, n. 153324]; RDGRN [3ª] 20 septiembre 2006 [*BIMJ*, n. 2046 de 1 octubre 2007, pp. 3768-3770]; RDGRN [2ª] 8 marzo 2007 [*BIMJ*, n. 2060 de 1 mayo 2008, pp. 1545-1548]; RDGRN [1ª] 16 marzo 2007 [*BIMJ*, n. 2060 de 1 mayo 2008, pp. 1613-1615].

<sup>219</sup> RDGRN [11ª] 17 noviembre 2008 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 456]; RDGRN 27 octubre 2006 [*BIMJ*, n. 2051 de 15 diciembre 2007, pp. 4671-4673]; RDGRN [3ª] 29 septiembre 2006 [*BIMJ*, n. 2047 de 15 octubre 2007, pp. 3930-3931]; RDGRN 11 mayo 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5022]; RDGRN 4 julio 2002 [*BIMJ*, núm.1926 de 1 octubre 2002, pp. 3043-3045]; RDGRN [3.ª] 20 febrero 1997 [*BIMJ*, 15 mayo 1998, n.1821, pp. 1163-1165]; RDGRN 14 diciembre 2000 [*BIMJ*, núm.1888, 1 marzo 2001, pp. 1003-1005]; RDGRN [2ª] 14 mayo 2001 [*BIMJ*, núm.1897, 15 julio 2001, pp. 2423-24224]; RDGRN [3ª] 23 noviembre 2002 [*BIMJ*, núm.1934 de 1 febrero 2003, pp. 404-406].

España. Pues bien, la situación jurídica resulta ahora “muy alejada en el tiempo y en el espacio” respecto del país cuyos tribunales conocen del asunto. El impacto, en la sociedad española, de la Ley extranjera aplicada al asunto, es débil. El perjuicio que puede producir dicha Ley extranjera en España, es también débil. Por ello, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a “ciertos efectos” derivados de la situación regulada por la Ley extranjera.

- 2º) Es conveniente, por tanto, separar distintos tipos de efectos jurídicos generados por la aplicación del Derecho extranjero: (a) *Efectos jurídicos “nucleares” derivados de tales situaciones*. Tales efectos vulneran el orden público internacional español sea cual sea el país donde se ha creado la situación jurídica, porque si fueran admitidos en España, dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Dichos efectos deben ser rechazados. La Ley extranjera designada por la norma de conflicto española no puede regular dichos efectos; (b) *Efectos jurídicos “periféricos” producidos por estas situaciones jurídicas*. Admitir incidentalmente en España tales efectos jurídicos periféricos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española. Por tanto, dichos efectos jurídicos serán admitidos por no considerarse contrarios al orden público internacional español.

**120.** La tesis del orden público internacional atenuado resulta razonable y encaja en la letra y el espíritu del art. 12.3 CC por varios motivos.

- 1º) Tales situaciones fueron creadas legalmente, es decir, en plena conformidad con un Derecho extranjero y en un país extranjero. Si el mero “cruce de frontera” convirtiera tales situaciones “legalmente creadas” en situaciones jurídicas “inexistentes” por resultar contrarias al orden público internacional español, los particulares implicados sufrirían un perjuicio muy elevado. La seguridad jurídica se resentiría. Con esta teoría, la situación jurídica legalmente creada en un país extranjero “sobrevive” en España en la medida en que no daña el orden público internacional español. Los particulares se ven beneficiados por ello.
- 2º) Esta tesis preserva la organización moral y económica de la sociedad española. Sólo los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero y que vulneran la organización moral y económica de la sociedad española, quedan eliminados. Y como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero no se producen “en España” y no afectan a la sociedad española, sino que se producen en otro Estado y afectan a una sociedad extranjera, la intervención del orden público internacional “español”, no es necesaria. Algunos autores, como es el caso de P. LAGARDE, han criticado esta tesis, pues estiman que concede una cierta “inmunidad legal” a ciertas situaciones privadas internacionales. Al fin y al cabo, se aceptan “en Europa”, por ejemplo, determinados efectos legales que producen los matrimonios poligámicos y, en ciertos casos, el repudio de la esposa. Pero la crítica no es exacta, pues a través de esta tesis, no se produce ningún daño a la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto. Aunque se admitan, “en Europa”, ciertos efectos jurídicos de ciertas Leyes extranjeras, la sociedad de los Estados europeos no se ve afectada por dicha aplicación, pues ésta se limita a consentir, en Europa, sólo ciertos efectos periféricos de la situación jurídica.
- 3º) El art. 12.3 CC no alude a la tesis del orden público internacional español “atenuado”. Ello se explica por la antigua redacción del precepto. Por otro lado, también se ha dicho que la tesis del orden público internacional atenuado es incompatible con la letra del art. 12.3 CC, que deja bien claro que “*en ningún caso*” se aplicará un Derecho extranjero cuando resulte contrario al orden público. Sin embargo, esta crítica tampoco es exacta. En efecto, el art. 12.3 CC prohíbe “*aplicar*” una Ley extranjera, pero deja abierta la posibilidad de “*dar ciertos efectos jurídicos*” a dicha Ley extranjera en España. Por otro lado, el art. 23 LAI 2007, mucho más moderno, admite de modo explícito la tesis del orden público internacional “atenuado” en materia de adopción internacional. Dicho precepto indica que para poder

activar la excepción de “orden público internacional español” es preciso “tener en cuenta los vínculos sustanciales del supuesto con España”. Por otro lado, debe indicarse que la jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva con dicha teoría. En particular, en lo relativo a los matrimonios poligámicos: los efectos nucleares de tales matrimonios no se admiten en España, pero sí se admiten los efectos jurídicos que tales matrimonios, legalmente celebrados en país extranjero, pueden producir, en España, en relación con otros aspectos, como filiación, alimentos, sucesiones, pensiones de viudedad a pagar por la seguridad social española, etc. (STS CA 24 enero 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas]; STS 21 diciembre 1963, STS 13 marzo 1969, STS 12 junio 1969, RDGRN 3 diciembre 1996, RDGRN [3ª] 20 febrero 1997, RDGRN 28 enero 2006)<sup>220</sup>. Así, en una época en la que el divorcio era inexistente en España y radicalmente contrario al orden público internacional español, el TS admitió que una sentencia de divorcio cubana, si bien no podía reconocerse en España, podía surtir efectos en lo relativo a la separación de bienes que se recogía en la sentencia cubana de divorcio (STS 13 marzo 1969)<sup>221</sup>.

### (iii) Orden público internacional de proximidad

**121.** Cierta doctrina y cierta jurisprudencia ha indicado que, para que intervenga el orden público internacional, se exige que el supuesto fáctico presente una “mínima conexión” (*Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*), con el país cuyo orden jurídico resulta perturbado (B. AUDIT). Ejemplo: no se debería negar la aplicación en España de la Ley de Afganistán en el caso de una filiación regida por el Derecho de dicho país que afecta a personas que ostentan la nacionalidad afgana y que residen habitualmente en Afganistán con el argumento de que la Ley afgana vulnera el orden público internacional español. Si la situación jurídica a la que se aplica el Derecho extranjero está muy alejada de la esfera española, la aplicación de tal Derecho no puede dañar a la sociedad española.

**122.** Con esta tesis se disminuye el radio de acción del orden público internacional. En efecto, según esta tesis, el orden público internacional sólo debe operar en relación a casos “cercaños” al país cuyos tribunales conocen del asunto. La justificación de esta tesis radica en que la aplicación de la Ley extranjera a casos que resultan “lejanos” al país cuyos tribunales conocen del asunto, no puede dañar el orden público internacional “de tal país”. Con el orden público internacional de proximidad se impide que los tribunales que conocen del asunto procedan a aplicar su propia Ley material a supuestos que no presentan una estrecha conexión con el Estado al que pertenecen dichos tribunales. En estos casos “alejados del foro”, se dice, no tiene sentido alguno invocar el orden público internacional en defensa de la sociedad española, pues ésta no se ve afectada por la aplicación, en España, de un Derecho extranjero.

**123.** En realidad, el art. 12.3 CC nada indica al respecto, por lo esta tesis puede aceptarse o rechazarse, ya que el precepto ni la prohíbe ni la acepta. Por otro lado, el art. 23 LAI 2007 sí recoge expresamente la tesis del orden público internacional de proximidad, pues afirma que para poder activar la excepción de “orden público internacional español” es preciso “*tener en cuenta los vínculos sustanciales del supuesto con España*”. En definitiva, si la situación jurídica a regular por un Derecho extranjero es una situación muy alejada de la esfera española, con frecuencia una situación interna para otro país, carece de sentido imponer una defensa del orden público internacional español, ya que éste

<sup>220</sup> STS CA 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]; STS 21 diciembre 1963 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5360]; STS 13 marzo 1969 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1276]; STS 12 julio 1969 [*Jurisprudencia Civil*, p. 249]; RDGRN 3 diciembre 1996 [*BIMJ*, n. 1808, 1997, pp. 2244-2247]; RDGRN 28 enero 2006 [*BIMJ*, n. 2022 de 1 octubre 2006, pp. 4208-4211]. *Vid.* MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *CDT*, 2018-2, pp. 718-731.

<sup>221</sup> STS 13 marzo 1969 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1276].

no se ve amenazado por la aplicación del Derecho extranjero del que se trate, al menos en el campo de la adopción internacional.

### g) Efectos del orden público internacional

**124.** La intervención del orden público internacional produce varios efectos jurídicos que afectan al modo de determinar la Ley aplicable a una situación privada internacional, efectos ya bien ilustrados en su tiempo por J.-P. NIBOYET<sup>222</sup>.

- (a) *Efecto directo o negativo del orden público internacional.* Las disposiciones del Derecho extranjero cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán en España. Es el único efecto al que se refiere el art. 12.3 CC. Ejemplo: no se aplican en España las Leyes extranjeras que permiten a un varón contraer, en España, un matrimonio poligámico (RDGRN [11<sup>a</sup>] 17 noviembre 2008 [matrimonio islámico celebrado en España], RDGRN [1<sup>a</sup>] 22 octubre 2004, RDGRN [4<sup>a</sup>] 10 diciembre 2004, RDGRN 27 octubre 2006, RDGRN [3<sup>a</sup>] 29 septiembre 2006 [matrimonio en España de español, marroquí de origen y casado en Marruecos con otra mujer])<sup>223</sup>.
- (b) *Efecto indirecto o positivo del orden público internacional.* Rechazada la aplicación de la Ley extranjera por producir efectos contrarios a los principios básicos del Derecho español, debe precisarse la Ley estatal aplicable para resolver el caso. El art. 12.3 CC nada establece al respecto. Ante la laguna legal, pueden apuntarse estas soluciones, propuestas por K.H. NEUMAYER y E. VITTA<sup>224</sup>.
  - (1) *Sistema subsidiario. Normas de conflicto con varios puntos de conexión.* En este caso, si el Derecho extranjero designado por el punto de conexión principal resulta contrario al orden público internacional español, puede entonces acudir al Derecho designado por el punto de conexión “sucesivo” (SAP Madrid 28 septiembre 2000, SAP Castellón 6 marzo 2007 [divorcio entre cónyuges iraníes, aunque es un caso de falta de prueba del Derecho iraní], SAP Barcelona 14 febrero 2012 [falta de prueba del Derecho nacional común y aplicación de la Ley de la residencia habitual común])<sup>225</sup>. Esta solución se sigue en Italia (art. 14.2 *Legge* 218/95 de Derecho internacional privado Italia 1995).
  - (2) *Sistema latino. Normas de conflicto con puntos de conexión únicos.* En este caso, debe aplicarse el Derecho sustantivo español (*Lex Fori*). Se trata de una solución sencilla y lo cierto es que parece “la única posible”, como ha indicado abundante doctrina especializada (E. VITTA, J.M. BISCHOFF, S. SCHWUNG, C. FOCARELLI). Esta solución se basa en el “principio de proximidad”: si los vínculos del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto justifican la “no aplicación” del Derecho extranjero, esos mismos vínculos justifican la aplicación de la *Lex Foro*, manifiesta P. LAGARDE<sup>226</sup>. Es el llamado “sistema latino”<sup>227</sup>.

<sup>222</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol.III, Paris, Sirey, 1944, pp. 166-197.

<sup>223</sup> RDGRN [11<sup>a</sup>] 17 noviembre 2008 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 456]; RDGRN [1<sup>a</sup>] 22 octubre 2004 [*BIMJ*, n. 1982 de 1 febrero 2005, pp. 427-428]; RDGRN [4<sup>a</sup>] 10 diciembre 2004, [*BIMJ*, n. 1984 de 1 marzo 2004, pp. 1113-1114]; RDGRN 27 octubre 2006 [*BIMJ*, n. 2051 de 15 diciembre 2007, pp. 4671-4673]; RDGRN [4<sup>a</sup>] 10 diciembre 2004, [*BIMJ*, n. 1984 de 1 marzo 2004, pp. 1113-1114]; RDGRN [3<sup>a</sup>] 29 septiembre 2006 [*BIMJ*, n. 2047 de 15 octubre 2007, pp. 3930-3931].

<sup>224</sup> K.H. NEUMAYER, “Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung”, *RabelsZ.*, 34, 1970, pp. 411-426; K.H. NEUMAYER, “Zur Positiven Funktion der Kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel”, *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, vol.II, Tübingen, 1963, pp. 179-208; E. VITTA, “Cours Général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1979, vol.162, pp. 212-43.

<sup>225</sup> SAP Madrid 28 septiembre 2000 [*Aranzadi AC*, n. 1656]; SAP Castellón 6 marzo 2007 [*Aranzadi JUR*, n. 273765]; SAP Barcelona 14 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100129].

<sup>226</sup> P. LAGARDE, „Private International Law: Public Policy”, *IECL*, 1994, pp. 1-64.

<sup>227</sup> J.M. BISCHOFF, “Le mariage poligamique en droit international privé. Droit international privé”, *TCFDIP*, 1980, pp. 91-

- (3) *Posición de la jurisprudencia española.* Los tribunales españoles, sin demasiadas sutilezas, no diferencian entre normas de conflicto con puntos de conexión subsidiarios o únicos y acuden, directamente, en el caso de rechazo de una Ley extranjera por vulneración del orden público español, a la aplicación de la Ley sustantiva española (STS 5 abril 1966, STS 13 febrero 1974, STS 12 marzo 1970, STS 29 septiembre 1961, STS 16 octubre 1940, STS 11 mayo 1989, STS 23 marzo 1994)<sup>228</sup>. Esta “solución directa en favor de la *Lex Fori*” se sigue, entre otros países, en Austria (art. 6.2 LDerecho internacional privado 1978) así como en Francia.
- (c) *Efecto reflejo.* El orden público internacional sólo protege y defiende los valores jurídicos fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Ahora bien, en circunstancias específicas, el Derecho internacional privado de un Estado puede tener presentes los valores fundamentales del Derecho de otro Estado (= que se “reflejan” en el primer país) y que impiden la aplicación del Derecho de un tercer Estado. Un ejemplo se extrae del art. 46.II Ley belga Derecho internacional privado 2004: un sujeto chino contrae matrimonio en Bélgica con un español. La capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley nacional de cada cónyuge. Ahora bien, si la Ley del país cuya nacionalidad ostenta uno de los cónyuges prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley china), dicha Ley no se aplicará si la Ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges (Ley española) permite dicho matrimonio entre personas del mismo sexo. El Derecho internacional privado belga reacciona para defender los valores jurídicos básicos del Derecho español, que comparte también el Derecho belga, e impide la aplicación del Derecho chino, de modo que este matrimonio será posible en Bélgica. Así, el art. 46.II Ley belga Derecho internacional privado 2004 indica: “*L’application d’une disposition du droit désigné en vertu de l’alinéa 1<sup>er</sup> est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l’une d’elles a la nationalité d’un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d’un Etat dont le droit permet un tel mariage*”. En este caso, esta disposición protege de modo reflejo el orden público internacional español.

## h) El orden público internacional en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España

125. Numerosos convenios internacionales vigentes para España contienen cláusulas específicas sobre el “orden público internacional” (art. 10 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 [Ley aplicable a la responsabilidad por los productos], art. 10 Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 [ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera]; art. 4 Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 [Ley aplicable a los nombres y apellidos], art. 16 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores]). El orden público internacional contemplado en estas disposiciones presenta los siguientes caracteres, como destaca K. LIPSTEIN<sup>229</sup>.+

- (a) Son cláusulas con una eficacia material limitada, circunscrita a las materias reguladas por los convenios legales internacionales respectivos.

103; Id., “Mariage”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 285-307; S. SCHWUNG, *Die Rechtsfolgen aus der Anwendung der ordre public-Klausel im internationalen Privatrecht*, Diss.Mainz, 1983; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 68-71; E. VITTA, “Per una riforma del diritto internazionale privato”, *Problemi di riforma del Diritto internazionale privato italiano* (a cura del Consiglio nazionale del notariato), Milán, 1986, pp. 289-301.

<sup>228</sup> STS 5 abril 1966 [*Jurisprudencia Civil*, p. 77]; STS 13 febrero 1974 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 491]; STS 12 marzo 1970 [*Jurisprudencia Civil*, p. 223]; STS 29 septiembre 1961 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3271]; STS 16 octubre 1940 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4934]; STS 11 mayo 1989 [CENDOJ 28079110011989100083]; STS 23 marzo 1994 [CENDOJ 28079110011994104616].

<sup>229</sup> K. LIPSTEIN, “The Hague Conventions on Private International Law. Public Law and Public Policy”, *ICLQ*, 1959, pp. 506522.



- (b) Estos convenios legales internacionales exigen, expresamente, que, para que pueda intervenir el orden público internacional, la aplicación de una disposición de la Ley extranjera sea “*manifestamente incompatible*” con el orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto.
- (c) Estos convenios internacionales admiten la posibilidad de un “orden público internacional parcial”. Por ello, si la aplicación de una “disposición” del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto contenidas en el convenio legal internacional resulta manifestamente incompatible con el orden público del foro, sólo se rechaza la aplicación de tales disposiciones. Las restantes normas extranjeras sí podrán aplicarse.
- (d) Como es natural, cuando la situación privada internacional está regulada por uno de estos convenios, en el caso de invocarse la excepción de orden público internacional, será aplicable lo que tales convenios dispongan y no lo que indica el texto del art. 12.3 CC.

### **i) El orden público internacional en el Derecho internacional privado europeo**

**126.** Numerosos Reglamentos de la UE recogen la cláusula de “orden público internacional” (art. 12 RR-III [ley aplicable al divorcio y separación judicial], art. 26 RR-II [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]), art. 21 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], etc.). Cuando la situación privada internacional está regulada por uno de estos reglamentos europeos de Derecho internacional privado, en el caso de invocarse la excepción de orden público internacional, será aplicable lo que tales convenios dispongan y no lo que indica el texto del art. 12.3 CC. El orden público internacional contemplado en estas disposiciones siempre presenta los siguientes caracteres.

- (a) Son cláusulas con una eficacia material limitada, circunscrita, naturalmente, a las materias reguladas por los Reglamentos europeos respectivos.
- (b) Estos Reglamentos sólo permiten acudir al orden público internacional en el caso de que ello resulte absolutamente necesario para defender la estructura jurídica fundamental del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. Ello se refleja en varios datos.
  - Primero. Para que pueda intervenir el orden público internacional, la aplicación de una disposición de la Ley extranjera se exige que dicha normativa extranjera sea “*manifestamente incompatible*” con el orden público internacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Así, por ejemplo, el art. 21 RR-I dispone que “[s]ólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifestamente incompatible con el orden público del foro”. Por tanto, los reglamentos de la UE sólo protegen el orden público internacional del “foro”.
  - Segundo. Para que pueda intervenir el orden público internacional, debe comprobarse que se vulneran los principios jurídicos estructurales del Estado miembro en cuestión en el que debe aplicarse el Derecho extranjero. No es el tenor literal o el texto de una norma extranjera lo que vulnera el orden público internacional, sino su “aplicación” en un Estado miembro, lo que únicamente puede ser acreditado en un caso concreto y no en general.
- (c) Tercero. Estos Reglamentos europeos admiten la posibilidad de un “orden público internacional parcial”. Éste puede comportar el rechazo de la aplicación no del Derecho extranjero en su conjunto, sino de una concreta “*disposición*” de una Ley extranjera. En consecuencia, si la aplicación de una “disposición” del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto contenidas en el reglamento europeo del que se trate resulta manifestamente incompatible con el orden público español, sólo se rechazará la aplicación de tales concretas disposiciones legales. Las restantes normas extranjeras sí podrán aplicarse.

## j) **Ámbito operativo actual del art. 12.3 CC**

**127.** El art. 12.3 CC, como se ha visto, siguen siendo una disposición legal con un ámbito de aplicación material extenso. Es cierto que se ha visto superado por la regulación del orden público internacional contenida en ciertos convenios internacionales de Derecho internacional privado y en normas de Derecho europeo. Sin embargo, como ha subrayado con rigor M. BROSCHE, visto que algunos sectores del Derecho de familia internacional están todavía regulados por normas de conflicto españolas de producción interna, resulta que el art. 12.3 CC tiene mucho que decir en materias como el matrimonio, la capacidad jurídica y de obrar, la protección de adultos, la filiación y la adopción<sup>230</sup>. Allá donde sobrevive el punto de conexión “nacionalidad”, allá habrá orden público.

**128.** Por otro lado, la redacción general del art. 12.3 CC ha desembocado en un proceso de desarrollo judicial del precepto que ha tenido consecuencias positivas. La jurisprudencia ha confirmado el carácter excepcional de la cláusula de orden público y ha dado cabida en el precepto a diversas técnicas para refinar la operatividad del mismo y lograr la justicia en los casos concretos. En especial, el art. 12.3 CC ha servido de base para implementar la teoría del orden público parcial, atenuado y, en menor medida, del orden público de proximidad.

## D) **Fraude de Ley internacional (art. 12.4 CC)**

### a) **La solución ofrecida por el art. 12.4 CC**

**129.** El fraude de Ley internacional (*evasion of the law*) es la alteración voluntaria y artificiosa de la circunstancia empleada como punto de conexión de la norma de conflicto, realizada por las partes con el fin de provocar la aplicación de un Derecho estatal (“ordenamiento de cobertura”) al supuesto, distinto a aquel Derecho estatal (“ordenamiento defraudado”) que sería normalmente aplicable. En la mayor parte de los casos, consiste en un movimiento realizado por los particulares para convertir un caso meramente “interno”, -un caso sin elementos extranjeros-, en un caso “internacional”, esto es, en un caso con elementos extranjeros aparentes.

**130.** El tradicional *Leading Case* de fraude de Ley internacional es el caso de la *princesa de Bauffremont* (sentencia Cour de Cassation, Francia, 18 marzo 1878, *Bauffremont vs. Bibesco*). Es éste «*l'arrêt fondateur*»<sup>231</sup>. La condesa Valentine Caraman Chimay contrajo matrimonio con el príncipe Paul Bauffremont en 1861, un sujeto de nacionalidad francesa. Al contraer matrimonio, la condesa perdió su nacionalidad belga de origen y adquirió la nacionalidad francesa de su marido. Pronto el matrimonio hizo aguas y la condesa pensó seriamente en el divorcio. Pero la norma de conflicto francesa hacía aplicable al divorcio la “Ley nacional común de los esposos” y con arreglo a la Ley francesa, el divorcio, en dicha fecha, estaba prohibido. La condesa, entonces, viajó hasta el Ducado de Sajonia-Altemburgo, y adquirió la nacionalidad de dicho ducado. Inmediatamente después, y ya en Alemania, la condesa inició un procedimiento judicial y solicitó el divorcio de su marido el príncipe Bauffremont, divorcio que obtuvo ya que éste era posible con arreglo a su nueva “Ley nacional”. Siete días después contrajo nuevo matrimonio en Berlín y en forma civil con otro aristócrata, el príncipe rumano George Bibesco. Otro príncipe. Pero el príncipe de Bauffremont, indignado y enfadado, puso en marcha su venganza jurídica, y logró que la *Cour de Cassation* francesa declarara que el divorcio y el nuevo matrimonio de la princesa se habían realizado en “fraude” a la Ley francesa y eran inoponibles en Francia. La condesa Valentine Caraman Chimay había cambiado de nacionalidad y se había hecho sajona sólo con la

<sup>230</sup> M. BROSCHE, “Der materiell-rechtliche ordre public im internationalen Familien- und Erbrecht: Nationale Perspektiven abseits der Europäisierung im IPR (KG, S. 44 und OGH, S. 47)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2020, n.1 vol. 40, pp. 24-30.

<sup>231</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 18 marzo 1878, *Bauffremont vs. Bibesco* [Sirey. 1878, p. 193, nota LABBE].

intención de poder cambiar la Ley aplicable a su divorcio y de poderse divorciar. Este famosísimo caso es, en realidad, una combinación de “fraude de Ley internacional”, -pues se altera la Ley normalmente aplicable a través de un cambio de nacionalidad, que es el punto de conexión de la norma de conflicto-, y de “*Forum Shopping*”, -ya que la condesa acudió a los tribunales de otro país con el que en realidad no tenía ninguna vinculación y luego trató de hacer valer en Francia el divorcio obtenido en otro país-.

**131.** El art. 12.4 CC se ocupa de la cuestión del fraude de ley en Derecho internacional privado español. Su texto indica: “*Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa española*”. La exégesis art. 12.4 CC puede concretarse en varios puntos.

**132.** En primer lugar, el art. 12.4 CC describe el concepto de fraude de Ley en relación con la norma de conflicto. Pero ahí se queda, pues el precepto no establece ninguna sanción para el mismo. Para integrar esta laguna del art. 12.4 CC, puede emplearse el art. 6.4 CC. Por tanto, la sanción al fraude de ley en Derecho internacional privado consiste en la aplicación de la norma material que se ha tratado de eludir mediante el cambio artificioso de la circunstancia que constituye el punto de conexión de la norma de conflicto. En otras palabras: la sanción al fraude es la ineficacia o inoponibilidad del resultado pretendido con la maniobra fraudulenta, como bien han aclarado A.-L. CALVO CARAVACA y B. AUDIT<sup>232</sup>. Sin embargo, la “herramienta del fraude” no es objeto de represión. Así, por ejemplo, la adquisición por sujeto español de una nacionalidad de conveniencia con el solo objetivo de otorgar un testamento sin sujeción a legítimas, constituye fraude de Ley. Por ello, la Ley de la nueva nacionalidad del testador no registrará el contenido del testamento. Pero ello no supone la nulidad de la adquisición de la nacionalidad extranjera.

**133.** En segundo término, el art. 12.4 CC sólo prevé el fraude a la ley imperativa “española”. Dos consideraciones son precisas: (a) El presunto fraude a las normas dispositivas españolas no está castigado, pues no constituye ningún fraude la no aplicación de normas jurídicas españolas o extranjeras que no son imperativas. Donde hay libertad no puede haber fraude; (b) La doctrina entiende que el fraude a las normas imperativas extranjeras puede sancionarse por dos cauces: (1) Aplicación analógica del art. 12.4 CC en favor del Derecho imperativo extranjero; (2) Existencia de fraude a la norma de conflicto española, ya que si ésta designa como aplicable una Ley extranjera, dicha Ley debe ser aplicada a pesar de las maniobras artificiosas de las partes, precdisa P. LOUISLUCAS<sup>233</sup>. La jurisprudencia comparada castiga el fraude internacional a Leyes extranjeras, como muestran J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, y así se aprecia en la práctica legal en Francia (sentencia Cour d’appel de Paris, Francia, 18 junio 1964, *Gunzburg*)<sup>234</sup>.

**134.** Se distinguen varios elementos básicos en el fraude de Ley internacional, ya bien pergeñados por H. BATIFFOL<sup>235</sup>.

- 1º) *Elemento material (corpus)*. Se trata del cambio objetivo de circunstancia utilizada como punto de conexión por la norma de conflicto. Ejemplo: el cambio de nacionalidad en el caso de normas de conflicto que utilizan la nacionalidad como punto de conexión, como el art. 9.1 CC (la capacidad se rige por la Ley nacional de la persona). Con mucha frecuencia, el fraude de Ley internacional consiste en que las partes “internacionalizan” un caso cuyos elementos, datos y caracteres objetivos son meramente “internos” o “nacionales” (STSJ Asturias Social 1 febrero 2013 [trabajo a prestar en España y empleador con domicilio en

<sup>232</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 12.4 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 927-943; B. AUDIT, *La fraude a la loi*, París, Dalloz, 1974. Para la jurisprudencia sobre el precepto, *vid.* el atinado estudio de Y. ROMERO MATUTE, “Fraude de Ley y *Forum Shopping* en los estrados del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 137-152.

<sup>233</sup> P. LOUISLUCAS, “La fraude à la loi étrangère”, *Revue critique de droit international privé*, 1962, pp. 1-17.

<sup>234</sup> J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Droit international privé*, 19ª ed., París, Dalloz, 2017, pp. 136-138. *Vid.* sentencia Cour d’appel de Paris, Francia, 18 junio 1964, *Gunzburg* [*Journal de droit international Clunet*, 1964, p. 810, note BREDIN, *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 340, note DEPREZ].

<sup>235</sup> H. BATIFFOL, “Fraude a la loi”, *Juris Classeur droit international*, Fascículo 535, 1960.

Portugal])<sup>236</sup>. Por ejemplo, un causante español, cuyos bienes se hallan íntegramente en España, adquiere la nacionalidad británica para poder testar con arreglo al Derecho inglés, que le concede una total libertad de testar, y “escapar” así de las legítimas recogidas en el Derecho sucesorio español, de modo que puede dejar toda su herencia a un tercero y nada a su hijo. Para poder apreciar un fraude de Ley internacional, el cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión debe presentar ciertos caracteres específicos.

- *Primero*. Debe tratarse de un cambio “voluntario”, como destacara W. NIEDERER<sup>237</sup>. Ejemplo: un sujeto solicita y obtiene la nacionalidad de un Estado. Frente a ello, el cambio involuntario de la circunstancia empleada como punto de conexión impide la existencia de “fraude de Ley internacional”. Así, el otorgamiento *ex lege* de una nacionalidad por nacimiento no es un cambio “voluntario” de nacionalidad. En dicho caso no existe ningún fraude, aunque dicho cambio de nacionalidad comporte un cambio de Ley aplicable.
- *Segundo*. Debe tratarse de un cambio “malicioso” o “artificial”. Ello significa que el cambio de punto de conexión es sólo un cambio “aparente”. Las partes crean una “conexión fraudulenta”, indica A.-L. CALVO CARAVACA<sup>238</sup>. Es una conexión que existe, y que es, incluso, ajustada a la Ley. Pero es también una conexión que no refleja una “vinculación auténtica” con un país, sino sólo una “vinculación aparente”. En realidad, el supuesto continúa “realmente vinculado” con un Estado, aunque las partes hayan creado una “vinculación aparente” o “meramente formal” con otro Estado. Por eso dicha vinculación, que existe, no debe producir efectos jurídicos. Y no debe producirlos porque es una “conexión meramente aparente” o “conexión vacía”, de modo que el supuesto continúa estando más estrechamente vinculado con otro Estado. Ejemplo: ciertos países otorgan su nacionalidad en cuestión de días a sujetos que no tienen la más mínima relación sustancial con dicho país (Liechtenstein: STIJ 6 abril 1955, *Nottebohm*)<sup>239</sup>. Una persona puede adquirir de modo muy sencillo la nacionalidad de Liechtenstein con el objetivo de provocar un cambio en su Ley nacional, por lo que su sucesión *mortis causa* quedará regida por esa “nueva Ley nacional” (art. 9.8 CC).

2º) *Elemento subjetivo o intencional (animus)*. Es la intención de uno o varios sujetos de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico, esto es, la aplicación de una Ley que, en circunstancias normales, no debería haber regulado la situación privada internacional (STS 14 septiembre 2009). Este elemento está presente en el art. 12.4 CC, precepto que indica que el fraude se produce mediante la utilización de una norma de conflicto “*con el fin de eludir*” la ley imperativa española, como sagazmente apunta F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>240</sup>.

**135.** El fraude a la Ley en Derecho internacional privado es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Ello comporta varias consecuencias. En efecto, así, el fraude de Ley internacional debe interpretarse y aplicarse, siempre, de modo restrictivo. Del mismo modo, el fraude de Ley internacional debe ser siempre probado por el sujeto que lo alega. Debe probarse el cambio artificial y voluntario de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto y debe probarse, también, la intención fraudulenta del sujeto (STS 14 septiembre 2009)<sup>241</sup>. Dicha prueba puede resultar difícil, pero no imposible.

<sup>236</sup> STSJ Asturias Social 1 febrero 2013 [CENDOJ 33044340012013100225].

<sup>237</sup> W. NIEDERER, “Das Problem des Ordre Public in der neueren Rechtprechung”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 62, 1943, pp. 124; W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht*, 2ª ed., Zurich, 1956, pp. 142-143.

<sup>238</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 12.4 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 927-943.

<sup>239</sup> Sentencia TIJ 6 abril 1955, *caso Nottebohm* [<http://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>].

<sup>240</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 6ª ed., 2021, pp. 321-322.

<sup>241</sup> STS 14 septiembre 2009 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 6139].

**136.** Muy controvertido resulta el fundamento teórico del fraude de ley internacional. Varias ideas son importantes al respecto.

Las normas jurídicas, las Leyes en general, representan el modo en que cada Estado decide organizar la convivencia de “su sociedad”. Por ello, todo Estado persigue garantizar la aplicación de “sus” Leyes imperativas a los casos vinculados con “su sociedad”. Las Leyes imperativas son las que contienen una mayor “carga política y social”, son las normas que recogen los vectores fundamentales y obligatorios que regulan el comportamiento de los particulares. El Estado debe garantizar que sus Leyes imperativas sean eficaces y conserven su “efecto útil”.

El fraude de Ley internacional es un artificio que permite “reconectar” una situación jurídico-privada del país con el que está realmente conectada y de la sociedad a la que realmente afecta dicha situación jurídica. La prohibición del fraude de Ley internacional consigue a “desconectar” dicha situación jurídico-privada con un país con el que, realmente, presenta una vinculación débil o poco significativa, creada artificialmente por un sujeto con el objetivo de provocar la aplicación de la legislación de dicho Estado.

El fraude de Ley internacional debe evitarse y castigarse porque, en caso contrario, el Estado no podría cumplir sus fines de organización básica de la sociedad mediante sus “normas imperativas”. La “autoridad de la Ley” se vería perjudicada, en afamada frase de H. BATIFFOL / P. LAGARDE<sup>242</sup>.

En el caso de fraude de Ley a las normas de conflicto inspiradas por el principio de proximidad, dicho fraude de Ley comporta un encarecimiento de las soluciones jurídicas, una elevación de los costes conflictuales, pues la maniobra fraudulenta comporta, si no se ataja, la aplicación a la situación privada internacional del Derecho de un país con el que dicha situación no presenta los vínculos más estrechos. Desde este punto de vista, el fraude de ley debe combatirse porque perjudica a los particulares no implicados en dicho artificio. Por todo ello debe combatirse el fraude de Ley, esa “*típica mala hierba del Derecho conflictual*”, en célebre expresión debida a M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN<sup>243</sup>.

## **b) Distinción entre fraude de ley internacional y *Forum Shopping* y art. 12.4 CC**

**137.** El fraude de ley contemplado en el art. 12.4 CC es el que las partes realizan al tratar de internacionalizar una situación interna y provocar, así, la aplicación de una ley que no es que corresponde aplicar según las normas de conflicto españolas. El fraude de ley internacional no debe ser confundido con el llamado *forum shopping*. El art. 12.4 CC no se aplica al mismo.

**138.** El *forum shopping* es un fenómeno que se verifica cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado Estado, porque persiguen con ello la aplicación de una Ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada, comenta K.F. JUENGER<sup>244</sup>. El *Forum Shopping* puede ser “legítimo” (*Good Forum Shopping*) o “fraudulento” (*Bad Forum Shopping*).

**139.** El *Good Forum Shopping* se verifica cuando el caso fáctico está conectado objetiva y razonablemente con varios países, de modo que las partes deciden litigar ante los tribunales de uno u otro de dichos países por las ventajas que ello les comporta.

En los casos auténticamente internacionales, las partes están en su derecho de litigar ante los tribunales de los países donde sus ventajas, materiales o procesales, son mayores. No tienen intención de “escapar” a los tribunales ni a las Leyes de un Estado concreto (*Good Forum Shopping*). Por ello, los particulares están en su pleno derecho de litigar o acudir a las autoridades estatales de dichos países y si

<sup>242</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 594-601.

<sup>243</sup> M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista española de Derecho administrativo*, 1974, pp. 359391.

<sup>244</sup> F.K. JUENGER, “Forum Shopping domestic and international”, *Tulane Law Review*, 1989, pp. 553-574; F.K. JUENGER, “What’s Wrong with Forum Shopping”, *Sydney Law Review*, 1994, pp. 5-13.

así lo hacen, no incurren en abuso de Derecho ni en fraude de Ley, señala E. CORNUT (SAP Valladolid 8 octubre 2014 [alimentos])<sup>245</sup>.

Si un supuesto fáctico está objetivamente conectado con varios países, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978 y art. 6 CEDH 1950) exige permitir que los particulares puedan litigar ante los tribunales de dichos países.

De todos modos, incluso el *good forum shopping* presenta elementos no positivos. En primer lugar, el *good forum shopping* provoca “incerteza legal”. En efecto, no es posible saber qué Derecho estatal va a regir el fondo del asunto hasta que no se sepa cuál es el Estado cuyos tribunales van a conocer del litigio. En tal sentido, el *Good Forum Shopping* impide una planificación correcta y eficiente de la litigación internacional. En segundo término, favorece a los particulares con mayor capacidad económica, que disponen, en la práctica, de todas las opciones jurisdiccionales posibles, mientras que es muy posible que los sujetos con menores posibilidades económicas no puedan permitirse litigar ante tribunales extranjeros.

**140.** Existe *forum shopping malus* o *bad forum shopping* cuando concurren estas circunstancias: 1º) Las partes acuden o litigan ante autoridades de un país con el que el supuesto no tiene ningún contacto sustancial. El caso es, en realidad, un caso “no internacional”, un mero caso “interno” o “nacional”. Pero las partes lo “internacionalizan”, pues acuden a autoridades extranjeras. El *Bad Forum Shopping* es “arbitrario”: las partes crean un supuesto “ficticiamente internacional”; 2º) Las partes crean una conexión “meramente aparente”, pero no “real”, entre el caso y un concreto país. Por ello, el *Forum Shopping* es un caso particular de “abuso de derecho”: los particulares emplean las normas extranjeras de competencia internacional de un modo contrario a su finalidad. El *Bad Forum Shopping* es una maniobra “artificial”; 3º) Las partes persiguen un único resultado: obtener una resolución destinada a producir efectos, exclusivamente, en otro país, que es el país con el que el supuesto está “naturalmente conectado”, país cuyos tribunales habrían rechazado la pretensión en el caso de haber conocido directamente del asunto, destacan P. MAYER / V. HEUZÉ<sup>246</sup>. En dicho sentido, y aunque el *bad forum shopping* es diferente del fraude de Ley internacional, también es “fraudulento”.

**141.** El *Forum Shopping* fraudulento debe combatirse por una sencilla razón: porque cada Estado dispone de la facultad de organizar “su sociedad” como considera conveniente a través de sus Leyes, y dicha facultad resulta perjudicada si las partes “sustraen” a la aplicación de dichas Leyes un supuesto completamente vinculado con dicho Estado. El *Forum Shopping* fraudulento vulnera la “autoridad de la Ley”. Se han propuesto muy distintas técnicas jurídicas para combatir el *Bad Forum Shopping*. La más seguida en Derecho internacional privado español consiste en la simple denegación del reconocimiento y del *exequatur* en España de las resoluciones obtenidas ante autoridades extranjeras a través de un *Bad Forum Shopping*. Es la tesis también seguida en Francia (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 6 febrero 1985, *Simitch*) y la que en España sigue el Tribunal Supremo<sup>247</sup>. Por tanto, la sanción contra el “*Forum Shopping* fraudulento” es, sencillamente, la “no efectividad”, en el país naturalmente conectado con el supuesto, del resultado alcanzado en otro país. Es una técnica antigua, seguida por la mayor parte de los Estados. Así, en tiempos pasados, cuando dos españoles obtenían un “divorcio fácil” ante autoridades de otro país en el que ninguno de los cónyuges residía, el TS denegaba los efectos jurídicos de ese divorcio en España (ATS 26 octubre 1999, ATS 14 marzo 2000, ATS 15 febrero 2000): nada de *exequatur* de la sentencia extranjera en España<sup>248</sup>.

<sup>245</sup> E. CORNUT, “Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé”, *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 27-55. SAP Valladolid 8 octubre 2014 [CENDOJ 47186370012014100169].

<sup>246</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 187-191.

<sup>247</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 6 febrero 1985, *Simitch* [*Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 369, nota PH. FRANCESKAKIS, p. 243, *Journal de droit international Clunet*, 1985, p. 460, nota A. HUET; *Dalloz*, 1985, p. 469, nota J. MASSIP].

<sup>248</sup> ATS 26 octubre 1999 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 7796]; ATS 15 febrero 2000 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 1771]; ATS 14 marzo 2000 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 1767].

**142.** El art. 12.4 CC tampoco se aplica a otras figuras anti jurídicas parecidas al fraude de Ley internacional pero que no pueden identificarse con el mismo.

Nada tiene que ver el fraude de Ley internacional con la simple inobservancia o incumplimiento de ciertas normas jurídicas, como las fiscales, penales, etc. La inobservancia o incumplimiento de las normas jurídicas genera responsabilidades penales o administrativas. Incumplir las normas no es un “fraude” a las mismas. Ejemplo: blanqueo de dinero negro y evasión de impuestos con destino al extranjero, supuesto que produce responsabilidad penal.

Completamente diferente del fraude de Ley internacional es la simulación, un negocio jurídico o acto ficticio y aparente realizado por las partes con el objetivo de hacerlo pasar por un negocio o acto real. Ejemplo: matrimonio simulado entre español y cubana celebrado en España con el exclusivo fin de que la mujer obtenga permiso de residencia en España y con el pacto de no fundar una familia.

No existe tampoco fraude de Ley internacional si los particulares evitan la aplicación de las normas españolas de Derecho Público. En estos casos, no existe ninguna manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto porque el art. 8 CC no es una norma de conflicto. Ejemplo: las españolas que se trasladaban a Londres para abortar en la época en que todo aborto constituía delito castigado por el Código Penal español, no incurrían en ningún fraude de Ley internacional (STC, Sala 2ª, 27 junio 1984, STS, Penal, 5 diciembre 1986, que rectifican la jurisprudencia anterior de la STS, Penal, 20 diciembre 1980 y STS, Penal, 15 octubre 1983)<sup>249</sup>.

### c) El fraude de ley en el Derecho internacional privado europeo

**143.** El Derecho internacional privado de la UE carece de una solución general sobre el “fraude Ley internacional”. Cada instrumento legal europeo suele disponer de soluciones específicas operan contra el fraude de ley internacional, esto es, contra la internacionalización artificial de la situación jurídica. Desde el punto de vista del fraude de ley internacional, las soluciones del Derecho internacional privado europeo pueden clasificarse en varios grupos.

**144.** Existe, en primer lugar, un conjunto de normas que limitan el alcance de la conexión artificial creada por las partes. Los arts. 14.2 y 14.3 RR-II así como los art. 3.4. y 5.5 RR-I limitan los efectos jurídicos de la elección de Ley si las partes eligen una Ley aplicable, pero “*todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige*”. En tal supuesto, la elección de Ley hecha por las partes será válida pero la aplicación de dicha Ley “*no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*”. Lo mismo se dispone cuando se elige como la Ley aplicable a un contrato o a una obligación extracontractual la Ley de un tercer país pero “*todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros*”. En ese caso, la elección por las partes de la Ley de un tercer Estado no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE.

**145.** En segundo lugar, otras normas de Derecho internacional privado europeo remiten a soluciones nacionales. Es el caso del Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, que permite que los Estados miembros no apliquen la Ley designada por las normas de conflicto contenidas en dicho Reglamento si con arreglo a sus legislaciones nacionales, se ha producido un supuesto de “fraude de Ley internacional”. En este sentido, el Cons. [26] RES permite que los tribunales de los Estados miembros apliquen sus mecanismos nacionales para luchar contra el fraude de ley internacional. El Reglamento sucesorio europeo permite que los Estados miembros no apliquen la Ley designada por las normas de conflicto contenidas en el reglamento, si con arreglo a sus legislaciones nacionales, se ha producido un supuesto de “fraude de Ley internacional”. En este sentido, el Cons. [26] RES indica que “[n]ingún elemento del presente

<sup>249</sup> STC, Sala 2ª, 27 junio 1984 [*Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 75]; STS, Penal, 5 diciembre 1986 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 7853]; STS Penal 20 diciembre 1980 [CENDOJ 28079120011980100834].

*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*". Se trata de un considerando enigmático, remarca A. FONT I SEGURA, pues su alcance normativo no resulta, en absoluto, claro<sup>250</sup>. El Reglamento sucesorio europeo permite, pues, activar la excepción de fraude de Ley internacional, pero no la regula, sino que se remite al DIPr. de los Estados miembros, al fraude de Ley recogido en cada Estado miembro. Existe una cierta dejación europea en la cuestión que supone pagar el precio de la falta de uniformidad jurídica. Cada Estado miembro aplicará su propia excepción de fraude de Ley. Ello puede conducir al resultado, paradójico, de ver cómo un caso es estimado fraudulento en un Estado miembro pero no en otro. Y ese resultado puede perjudicar los mismos objetivos del Reglamento, porque si se recurre a una excepción nacional de fraude de Ley internacional demasiado agresiva y activa, se pone el riesgo la misma libre circulación de personas, la certeza de la Ley aplicable a la sucesión y la facilidad de organización de los asuntos sucesorios, como muy bien precisa L.F. CARRILLO POZO<sup>251</sup>.

**146.** En tercer lugar, otras normas de Derecho internacional privado europeo ignoran la posibilidad de fraude Ley internacional. Es el caso del Reglamento Roma III [Ley aplicable al divorcio y separación judicial], del Reglamento 2015/848 de 20 mayo 2015 [procedimientos de insolvencia], y del Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 [alimentos]. Por razones de seguridad jurídica, debe entenderse que el legislador europeo no permite operar contra la aplicación de la Ley designada por estos Reglamentos con el argumento de que la aplicación de dicha Ley ha sido provocada tras un movimiento presuntamente artificial y fraudulento de los particulares consistente en vincular el caso a un país que carece de conexión real con el supuesto.

#### **d) Aplicación del art. 12.4 CC por la jurisprudencia**

**147.** Los tribunales de los Estados occidentales, España incluida, naturalmente, aprecian la existencia de fraude de Ley internacional en escasísimas ocasiones, como ha destacado E. CORNUT<sup>252</sup>. Varias razones, escribe P. MAYER, explican esta situación<sup>253</sup>.

En primer lugar, el fraude de Ley internacional no es posible en muchas normas de conflicto. Así, por ejemplo, el fraude de Ley internacional no cabe en relación con las normas de conflicto que permiten a las partes elegir libremente la Ley aplicable (STS 9 marzo 1872, STS 20 marzo 1877, STSJ Asturias Social 1 febrero 2013 [trabajo a prestar en España y empleador con domicilio en Portugal])<sup>254</sup>.

En segundo término, el fraude de Ley internacional es una institución jurídica de elevado nivel técnico. En particular, la prueba de la intención fraudulenta es muy difícil. Y sin tal intención fraudulenta, no puede castigarse un hipotético "fraude de Ley", como mostró hace años ya D. MADAY en relación con el Derecho suizo<sup>255</sup>. Así, resulta muy complicado probar que un sujeto ha cambiado de nacionalidad con la intención exclusiva de ostentar un nombre y unos apellidos que no podía ostentar con arreglo a la Ley de su anterior nacionalidad.

En tercer lugar, debe recordarse que el Tribunal Supremo español alude frecuentemente al art. 12.4 CC y al "fraude de Ley internacional". Pero mucho cuidado con el TS. El TS suele aludir a la noción de fraude de ley internacional y al art. 12.4 CC a efectos puramente ornamentales. Salvo excepciones (SJPI núm.3 San Sebastián 21 mayo 1956, SAT Pamplona 22 diciembre 1965), cuando la

<sup>250</sup> A. FONT I SEGURA, "La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria", *Indret*, abril 2017, pp. 314-365.

<sup>251</sup> L.F. CARRILLO POZO, "El Reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del Derecho de sucesiones", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año L, núm. 151, enero-abril 2018, pp. 51-83, esp. 80-82.

<sup>252</sup> E. CORNUT, "Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé", *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 27-55.

<sup>253</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 187-192.

<sup>254</sup> STS 9 marzo 1872 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol 25, p. 295]; STS 20 marzo 1877 [*Jurisprudencia Civil*, vol 36, p. 186]; STSJ Asturias Social 1 febrero 2013 [CENDOJ 33044340012013100225].

<sup>255</sup> D. MADAY, *Die sogenannte Gesetzumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht*, Berna, 1941.



jurisprudencia alude al “fraude de Ley internacional”, éste no existe<sup>256</sup>. En efecto: a) Se alude al fraude de Ley, con frecuencia, para reforzar la no aplicación de una Ley que produce resultados contrarios al orden público internacional español; b) Otras veces, el TS alude al fraude a la Ley aunque, en realidad, el supuesto es un caso de *forum shopping*: los particulares han acudido a las autoridades de un país que no tiene ninguna conexión con el supuesto. No hay ningún fraude de Ley internacional.

En cuarto lugar, finalmente, numerosas situaciones privadas internacionales en las podría apreciarse fraude Ley internacional con arreglo al art. 12.4 CC son hoy día reguladas por el Derecho internacional privado europeo. En tal caso, el art. 12.4 CC es, como es obvio, totalmente inaplicable.

### e) El fraude de Ley en Derecho interregional español

**148.** La STS 5 marzo 1994 apreció “fraude de Ley” en relación con un matrimonio que otorgó testamentos según el Derecho foral vizcaíno<sup>257</sup>. Los datos del caso eran los siguientes. Dos esposos, ambos nacidos en Préjano (Logroño), localidad en la que contrajeron matrimonio, tuvieron toda su vida la vecindad del Derecho civil común. Residieron durante numerosos años en Bilbao-Erandio, en donde el marido disponía de una tienda de ultramarinos y de una zapatería y, salvo un chalet, todo el patrimonio de ambos estaba ubicado en Bilbao-Erandio, territorio de Derecho común. Pero al final de su vida, a la ya muy respetable edad de 76 y 75 años, ambos esposos adquirieron la vecindad foral vizcaína, y dos días después, anularon los testamentos anteriores que habían otorgado con arreglo al Derecho Civil común y otorgaron nuevo testamento con arreglo al Derecho vizcaíno, en el que existe una muy notable libertad de testar (= entre los descendientes: Ley 3/1992 de Derecho civil vasco). Pues bien, el TS subrayó varios aspectos: a) Los interesados habían adquirido la vecindad civil vizcaína con exquisito cumplimiento de todos los requisitos legales. Pero con ello crearon una vinculación meramente “aparente” del supuesto sucesorio con Vizcaya, ya que los sujetos seguían residiendo *de facto* en territorio de Derecho Común, donde tenían todos sus bienes. Había, pues, cambio “voluntario” y “malicioso” del punto de conexión de la norma de conflicto; b) Los causantes habían abandonado su “vecindad civil común” para abrazar fervorosamente la “vecindad civil vizcaína” con el exclusivo interés de testar con arreglo al Derecho Foral vizcaíno y así, alcanzar una “desheredación práctica de sus hijos” y favorecer a uno solo de sus herederos, sin causa alguna que justificara tal desheredación. Concurría también, por lo tanto, el *animus* o intención fraudulenta. El TS indicó que los testadores se acogieron a la “aparente vecindad foral vizcaína” (Ordenamiento jurídico de cobertura), para así eludir la aplicación de la Ley sucesoria del Derecho Civil Común (Código Civil: Ordenamiento jurídico defraudado) a la que siempre habían estado sometidos.

**149.** La STS 14 septiembre 2009 no apreció “fraude de Ley” en el siguiente caso. Un sujeto de vecindad civil catalana adquirió la vecindad civil navarra, lo que afectó a su esposa en virtud de la legislación entonces vigente<sup>258</sup>. La esposa otorgó testamento con arreglo a la normativa navarra. Dicho testamento fue impugnado al entenderse, entre otros motivos, que la adquisición de la vecindad civil navarra se había realizado en fraude de Ley (art. 12.4 CC). No obstante, quedó probado que la causante ya había adquirido la vecindad civil catalana por haber residido en Cataluña durante más de diez años y sin declaración en contrario. En consecuencia, la alegación del fraude de Ley en la adquisición de la vecindad civil navarra carecía ya de sentido. No obstante, el TS indicó que “*puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude*”, pero todo fraude “*siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta*”. No todo cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto debe ser considerado fraudulento, “*sino sólo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable*”.

<sup>256</sup> SAT Pamplona 22 diciembre 1965 [citada por J. A. Pastor Ridruejo, “El fraude de la ley en Derecho interregional español”, *Revista española de Derecho internacional*, 1966, pp. 40-55]; SJPI núm.3 San Sebastián 21 mayo 1956 [apud J.A. Pastor Ridruejo, “El fraude de la ley en Derecho interregional español”, *Revista española de Derecho internacional*, 1966, pp. 40-55].

<sup>257</sup> STS 5 marzo 1994 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2933].

<sup>258</sup> STS 14 septiembre 2009 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 6139].

## f) **Ámbito operativo actual del art. 12.4 CC**

**150.** El art. 12.4 CC, como se ha indicado antes, no ha gozado de gran aplicación por la jurisprudencia española en casos puramente internacionales. Su excesiva fijación, casi obsesiva, en proteger la autoridad de la Ley imperativa española ha recortado su alcance práctico. Nunca fue un precepto importante en el marco del art. 12 CC y si el operador jurídico se fija en el Derecho europeo, notará que el fraude de Ley internacional ha sido reemplazado, en dicho ordenamiento, por normas que tratan de impedir una internacionalización ficticia de la situación jurídica. Son normas más claras, más objetivas, más directas, y mejor posicionadas que el art. 12.4 CC.

## E) **Remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos *ad extra* (art. 12.5 CC)**

### a) **La solución ofrecida por el art. 12.5 CC**

**151.** Cuando la norma de conflicto española remite, para la regulación de una situación privada internacional, al ordenamiento jurídico de un Estado en cuyo seno coexisten a su vez distintos sistemas jurídicos (*Estados plurilegislativos*), surge la necesidad de determinar cuál de dichos sistemas jurídicos debe regir la situación privada internacional. Los Estados plurilegislativos son de varios tipos: 1º) “Estados de base personal”: cada comunidad de personas dispone de un “Derecho propio”, como se observa en países como Egipto, India, Marruecos, en los que existe un Derecho para musulmanes, otro para cristianos, etc.; 2º) “Estados de base territorial”: cada unidad territorial dispone de su propio ordenamiento. Es el caso de Estados Unidos de América, Reino Unido de Gran Bretaña, España, Suiza, Méjico, etc.

**152.** Antes de 1974, el sistema español de Derecho internacional privado no contenía norma específica sobre la cuestión de la remisión a sistemas plurilegislativos. Tampoco el TS proporcionó criterios definitivos relevantes. En la mayoría de los casos, la jurisprudencia española aplicó directamente uno de los sistemas jurídicos vigentes en el ordenamiento plurilegislativo. No obstante, debe decirse con énfasis que operaban de ese modo porque los tribunales, con frecuencia, ni siquiera detectaban el problema (STS 13 enero 1885, STS 30 enero 1960, STS 10 diciembre 1966, Auto Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900, SAT Granada 23 febrero 1966 y STS 5 noviembre 1971)<sup>259</sup>.

**153.** En defecto de instrumento legal internacional aplicable, rige el art. 12.5 CC. El texto del precepto, que data de 1974, afirma: “*Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado*”. El análisis del art. 12.5 CC desvela estos datos.

**154.** En primer lugar, debe dejarse claro que el art. 12.5 CC emplea un sistema de “remisión indirecta”. Debe consultarse, pues, el Derecho interregional o interfederal extranjero (*Foreign Interterritorial or Inter-personal Rules*), esto es, las normas extranjeras que fijan los criterios de aplicación de las distintas normativas allí vigentes, ya se trate de Derecho inter-territorial o de Derecho inter-personal. La aplicación del “Derecho interlocal extranjero” es una solución defendida por los primeros estudiosos del problema en Derecho internacional privado, especialmente, por P. ARMINJON y A. PILLET, entre otros<sup>260</sup>. Esta solución encaja perfectamente con el principio de la “aplicación integral del Derecho

<sup>259</sup> STS 13 enero 1885 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 57. 1885, núm 14]; STS 30 enero 1960 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 380]; STS 10 diciembre 1966 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 759, pp. 232-241]; STS 5 noviembre 1971 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4524]; Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900 [*Revista Jurídica de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180]; SAT Granada 23 febrero 1966 [*Revista profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núm LXII, 1966, pp. 68-70].

<sup>260</sup> P. ARMINJON, “Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquelles ils donnent lieu”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1949, vol.74, pp. 73-190; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Sirey, 1923-1924, pp. 123-124.

extranjero”, principio que inspira el sistema español de normas de conflicto. En efecto, En este sentido, el juez español aplica las mismas normas que aplicaría un juez extranjero en el mismo caso.

En definitiva, el mandato del art. 12.5 ordena la aplicación del Derecho interregional del Estado al que remite la norma de conflicto. El fundamento de este sistema es la soberanía del Estado. Se estima que la decisión de concretar el Derecho regional aplicable al fondo del asunto constituye una cuestión que sólo puede ser decidida por el Estado en cuestión porque afecta a su soberanía. Al fin y al cabo, se considera que un Estado es soberano para decidir qué Derecho, de entre los vigentes en dicho país, es aplicable a una situación jurídica. De ese modo, la norma de conflicto respeta totalmente la soberanía de los Estados plurilegislativos y a tal fin, deja en manos del Derecho de dicho Estado la decisión final sobre qué Derecho regional es aplicable.

**155.** En segundo término, el art. 12.5 CC presenta un “carácter general” desde varios puntos de vista: a) Es aplicable en relación con Estados extranjeros plurilegislativos de base territorial y también de base personal (SAP Madrid 27 septiembre 2013 [testador de nacionalidad marroquí y religión hebrea])<sup>261</sup>; b) El art. 12.5 CC resulta aplicable, en principio, en relación con toda norma de conflicto y cubre todas las materias. No rige, naturalmente, cuando el supuesto se rige por instrumentos internacionales, que disponen de sus propias soluciones a la cuestión de la remisión en favor de sistemas jurídicos plurilegislativos.

## b) Jurisprudencia española y art. 12.5 CC

**156.** La “remisión indirecta” acogida por el art. 12.5 CC es una solución muy complicada desde el punto de vista técnico. Ello explica por qué la jurisprudencia española ignora tranquilamente el art. 12.5 CC sin remordimientos ni mayores explicaciones. Varios datos deben subrayarse al respecto.

En la inmensa mayoría de los casos, los tribunales españoles aplican directamente la normativa de la unidad territorial con Derecho propio que aparece “más vinculada” al supuesto fáctico según su buen criterio (STS 13 enero 1885, STS 10 diciembre 1966, STS 23 octubre 1992, SJPI núm.2 Jaén 24 enero 1986 y su apelación SAT Granada 22 junio 1986; SAT Granada 22 diciembre 1988, SAP Málaga 7 febrero 1994)<sup>262</sup>. Así, la sucesión de un ciudadano de Maryland se sujeta al Derecho de Maryland sin prestar la más mínima atención al art. 12.5 CC.

En otros casos, los tribunales cierran los ojos, no detectan el problema y no se preocupan (STS 30 enero 1960, STS 27 abril 1978)<sup>263</sup>. Una excepción: la SAP Alicante 19 noviembre 1991 aplicó correctamente el art. 12.5 CC<sup>264</sup>.

Los sistemas extranjeros de Derecho internacional privado más modernos han abandonado la “remisión indirecta” y adoptan la solución contraria, la “remisión directa”. Así se aprecia en el art. 4.3 EGBGB Alemania, reformado en 1986. Pero la solución más operativa es la que sigue el Derecho internacional privado inglés. En Inglaterra, se entiende por “país”, a los solos efectos del Derecho internacional privado, toda unidad territorial con Derecho propio (*country in the sense of the conflict of laws*), con lo que el problema desaparece como las lágrimas en la lluvia. El art. 17.1 Código Derecho internacional privado Bélgica 2004 acoge sin ambages esta “solución inglesa”.

<sup>261</sup> SAP Madrid 27 septiembre 2013 [CENDOJ 28079370252013100430].

<sup>262</sup> STS 13 enero 1885 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 57. 1885, núm 14]; STS 10 diciembre 1966 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 759, pp. 232-241]; STS 23 octubre 1992 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1992/8280]; SAT Granada 22 junio 1986 [*Revista española de Derecho internacional*, 1989, pp. 313-320]; SAT Granada 22 diciembre 1988 [*Revista general de Derecho*, 1989, n. 543, pp. 8651-8654]; SAP Málaga 7 febrero 1994 [*Revista española de Derecho internacional*, 1995, pp. 232-235].

<sup>263</sup> STS 30 enero 1960 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 380]; STS 27 abril 1978 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1458].

<sup>264</sup> SAP Alicante 19 noviembre 1991 [*Revista española de Derecho internacional*, 1993, pp. 498-500].

### c) La cuestión de la laguna legal del art. 12.5 CC: Estados que no disponen de un sistema único de Derecho interregional

157. Algunos Estados disponen, en efecto, de un sistema único de Derecho interregional, como es el caso de España. Frente a ello, ciertos países carecen de un sistema único de Derecho interregional. Es el caso de Canadá, Estados Unidos de América y Australia. Pues bien, si la norma de conflicto española remite a uno de estos ordenamientos plurilegislativos, el art. 12.5 CC no proporciona solución a la cuestión, y se genera una laguna legal (STS 5 noviembre 1971)<sup>265</sup>. Varias soluciones son posibles, muy bien sistematizadas por R. DE NOVA<sup>266</sup>.

En primer lugar, si la norma de conflicto española utiliza criterios que permiten individualizar directamente el sistema jurídico aplicable -tales como el “lugar de celebración del acto” (art. 11.1 CC, art. 49 CC), “lugar de situación del bien” (art. 10.1 CC), etc.-, dichas normas se aplicarán analógicamente al caso de un modo directo, de forma que individualizarán por sí mismas el ordenamiento aplicable.

En segundo término, si la norma de conflicto española utiliza puntos de conexión que no permiten individualizar el ordenamiento aplicable, tales como la “nacionalidad”, deben distinguirse dos supuestos.

En un el caso de que el ordenamiento plurilegislativo sea un “sistema de base territorial”, se aplicará analógicamente la conexión “residencia habitual”. Ello resulta procedente por varios motivos: (a) En Derecho internacional privado español, la “residencia habitual” es conexión subsidiaria de la “nacionalidad” (*vid.* art. 9.10 CC); (b) Ciertos convenios internacionales siguen esta solución: art. 1.II Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [forma de las disposiciones testamentarias]. Resultado: el Derecho aplicable será el correspondiente a la unidad territorial con Derecho propio en la que el sujeto tenga su residencia habitual. Si el individuo no tiene su residencia en el Estado a cuyo ordenamiento remite la norma de conflicto, el Derecho aplicable debe ser aquél con el que el supuesto presente un “vínculo más estrecho”, que bien puede coincidir con el correspondiente a aquella unidad territorial con Derecho propio en la que el sujeto tuvo su última residencia habitual, sus bienes o donde desarrolló preponderantemente su vida. En la STS 5 noviembre 1971, el TS recurrió a esta solución y aplicó el Derecho de Connecticut a la separación de dos cónyuges casados en dicho State, porque era éste el territorio más vinculado con la situación jurídica<sup>267</sup>.

En el supuesto de que el ordenamiento plurilegislativo extranjero sea un “sistema de base personal”, debe emplearse el principio general de Derecho internacional privado de la “vinculación más estrecha”. De ese modo, se aplicará el Derecho que corresponda a la comunidad social, religiosa o étnica en la que el sujeto se halla integrado.

<sup>265</sup> STS 5 noviembre 1971 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 4524].

<sup>266</sup> R. DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. Studio di diritto interlocale ed internazionale privato*, Univ. Pavia, 1940; ID., “Les systèmes juridiques complexes en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1955, pp. 1-32; ID., “Le convenzioni dell’Aja e i sistemi giuridici non unificati”, *Estudios en homenaje al profesor A.Miaja de la Muela (II)*, Madrid, 1979, pp. 1147-1166. También exponen estas soluciones en el plano teórico P. ARMINJON, “Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de jurisdictions auxquelles ils donnent lieu”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1949, vol.74, pp. 73-190; B. GEUENICH, *Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle der internationalprivatrechtlichen Verweisung auf einen territorialen Mehrrechtsstaat: Rechtsvergleich, Haager Übereinkommen, Art. 4 Abs. 3 EGBGB, Europäisches IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; R.H. GRAVESON, “Problems of Private International Law in Non-Unified Legal Systems”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.141, 1974, pp. 187-254; E. JAYME, “Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis”, *RabelsZ.*, 1991, pp. 302-331; ID., “Non-Unified Legal Systems and European Conflicts Law. Spanish Law Applied Abroad”, *Principios, objetivos y métodos del derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. IV Jornadas DIPr. Madrid (Vicálvaro) 4 y 5 junio 1993*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1995, pp. 103-114; K. LIPSTEIN / I. SZÁSZY, “Interpersonal Conflict of Laws”, *IECL*, Ch.10, 1985; O. MEYER, “Parteiautonomie bei Mehrrechtsstaaten”, *RabelsZ.*, 83, 4, 2019, pp. 721-759; P. NADELMANN, “Mancini’s Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality versus Domicile”, *AJIL*, 1969, pp. 418-451; A. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2004; E. VITTA, “Interlocal Conflict of Laws”, *IECL*, Ch.9, 1985.

<sup>267</sup> STS 5 noviembre 1971 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 4524].

#### **d) La remisión a sistemas plurilegislativos en los convenios internacionales de Derecho internacional privado firmados por España**

**158.** Los convenios internacionales vigentes para España no siguen todos la misma solución en relación con esta cuestión, como muy correctamente indican P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL<sup>268</sup>.

- 1º) *Convenios internacionales que emplean cláusulas de remisión directa.* Es el caso del art. 12 Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 [accidentes de circulación por carretera], art. 12 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 (responsabilidad por los productos).
- 2º) *Convenios internacionales que emplean cláusulas de remisión indirecta.* Es el caso del art. 14 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores], y art. 16 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 [Ley aplicable a las obligaciones alimenticias].
- 3º) *Convenios internacionales que emplean cláusulas de remisión mixta.* Es el caso del art. 1 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [forma de las disposiciones testamentarias], arts. 36 y 45-46 del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [adopción internacional].

#### **e) La remisión a sistemas plurilegislativos en el Derecho internacional privado europeo**

**159.** En Derecho internacional privado europeo no existe una norma general que resuelva de modo específico la cuestión de la remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra*. Cada Reglamento aborda la cuestión de manera independiente y sigue soluciones diferentes. Algunos reglamentos contienen cláusulas de remisión directa. Es el caso del art. 25 RR-II [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales] y art. 22 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales]. Otros Reglamentos, pro el contrario, emplean cláusulas de remisión mixta. Es el caso de los arts. 14-15 RR-III [ley aplicable al divorcio y separación judicial] y arts. 36-37 RES.

#### **f) Ámbito operativo actual del art. 12.5 CC**

**160.** El art. 12.5 CC ha visto, hoy día, muy reducido su relieve práctico. La primacía del Derecho internacional privado europeo sobre el Derecho internacional privado español y la presencia de ciertos convenios internacionales que solventan este problema ha convertido al art. 12.5 CC en un precepto subsidiario.

Su actuación principal queda circunscrita a temas de capacidad y matrimonio (arts. 9.1 y 49 CC).

La laguna que presenta el precepto también lo ha lastrado negativamente: el legislador de 1974 no supo ver que existen países que carecen de un Derecho interregional único, como los Estados Unidos de América y el Reino Unido. Ello ha hecho que la jurisprudencia haya tenido que recurrir a soluciones creativas basadas en principios generales del Derecho o directamente en el sentido común o en la mera intuición jurídica del juzgador.

Por otro lado, el Reglamento Sucesorio europeo ha puesto de relieve que el sistema español de Derecho interregional ha quedado obsoleto. Aplicar, a través del art. 12.5 CC, dicho sistema español de Derecho interregional, sistema que pivota sobre el criterio “vecindad civil”, ha desatado el caos jurídico más absoluto cuando se trata de concretar el Derecho Privado español aplicable a un extranjero que reside habitualmente en España. Han prevalecido soluciones prácticas, pero con una base legal muy endeble, lo que acerca muy peligrosamente el funcionamiento del Derecho internacional privado a la nefasta, aciaga, ominosa, desdichada y fatídica arbitrariedad judicial.

<sup>268</sup> P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013, *indret.com*, pp. 1-27.

## F) La imperatividad de la norma de conflicto española (art. 12.6 CC)

### a) Los términos de la cuestión

161. El texto del art. 12.6 CC indica: “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*”. Ello significa que todas las normas de conflicto españolas son “normas imperativas” o “normas de *jus cogens*”, o como los tribunales suelen decir, son “normas de orden público”, esto es, de las que las partes no pueden prescindir.

162. En Derecho español, como regla general, las normas de Derecho Privado son dispositivas, al menos en el sector patrimonial (*vid. ad ex.* art. 1255 CC). Sólo cuando el legislador lo indica expresamente entonces la norma de Derecho Privado es imperativa. Esta perspectiva debió en toda probabilidad influir en el legislador de 1974 para decidirse a redactar el texto del art. 12.6 CC todavía hoy en vigor. De ese modo se evitaba que pudiese afirmarse que, visto que las normas de Derecho internacional privado son normas de Derecho Privado, debía considerarse que eran dispositivas. El legislador español quiso evitar dicha interpretación, como también hizo el legislador austríaco en su sistema legal (art. 12.1 Ley de Derecho internacional privado Austria 1978). En otros ordenamientos jurídicos, el punto de partida es opuesto. Todas las normas son imperativas salvo el legislador indique su facultatividad. Es el caso del Derecho internacional privado belga, muy bien analizado, en este particular, en los estudios de P. WAUTELET<sup>269</sup>.

163. El art. 12.6 CC tiene un alcance general. Se refiere a las “*normas de conflicto del Derecho español*”. El tribunal debe aplicar, de oficio, toda norma de conflicto española y acreditar el Derecho sustantivo estatal que debe regir el fondo del asunto. En consecuencia, todas las normas de conflicto del Derecho español son imperativas, sean de tipo que sean, ya sean normas de conflicto multilaterales o normas de conflicto unilaterales. De ese modo, en presencia de las llamadas “normas de conflicto unilaterales”, también el tribunal español debe aplicar de oficio, si ello resulta procedente, las normas de conflicto extranjeras a fin de averiguar si la Ley extranjera se “autodeclara” aplicable al fondo del asunto (E. FOHRER-DEDEURWAERDER) (sentencia Cour de Cassation, Francia, 4 junio 2009; sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 noviembre 2011 [marido norteamericano con residencia habitual en Francia y esposa inglesa con residencia habitual en Inglaterra y art. 309 *Code*])<sup>270</sup>.

### b) Argumentos a favor de la imperatividad de las normas de conflicto

164. El art. 12.6 CC hace referencia a que el imperativo de las normas de conflicto españolas debe ser observado por “*los tribunales y autoridades*”. Ello no es casualidad. Se debe a que el legislador español persigue evitar que los tribunales y autoridades españolas sigan la vía cómoda de aplicar el Derecho sustantivo español a situaciones jurídicas internacionales que deben regirse por un Derecho extranjero. De ese modo, se impide que los tribunales y autoridades españolas obliguen a las partes a litigar con arreglo al Derecho sustantivo español cuando ello comporta costes de litigación más elevados que los que comporta la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto europea o española. Idénticas consideraciones pueden hacerse en relación con las normas de conflicto europeas (art. 288.II TFUE). El art. 12.6 CC impide el *legeforismo*, ese temible y oscuro *alien* escondido en la nave del Derecho internacional privado, siempre dispuesto a destruir la Justicia que inspira la norma de conflicto de leyes.

<sup>269</sup> P. WAUTELET, “Party autonomy in international family relationships: a research agenda”, en *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 23-48; P. WAUTELET, “Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales”, en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 139-168.

<sup>270</sup> Sentencia Cour de Cassation, Francia, 4 junio 2009 [*Bulletin* 2009, I, n° 115]; Sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 noviembre 2011 [*Bull. civ.*, 2011, I, n° 203]; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, “Nota a Sent. Cass. Francia 4 junio 2009”, *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 485-491.

**165.** Por otra parte, la imperatividad de la norma de conflicto favorece la realización de la función del Derecho internacional privado Cuando el legislador emplea una norma de conflicto está ofreciendo el “criterio de regulación” que retiene más justo. No parece conveniente dejar a las partes y/o al juez la posibilidad de descartar la solución “justa” que el legislador ofrece a la cuestión.

**166.** El art. 12.6 CC permite que las normas de conflicto españolas proporcionen soluciones iguales y equitativas y refuerza la seguridad jurídica para las partes y para terceros, señalan J.J. MARTÍNEZ NAVARRO/A.A. BARBEITO<sup>271</sup>. Las normas de conflicto imperativas aseguran que los casos similares se resuelvan con arreglo al mismo régimen jurídico. La precisión del Derecho aplicable se realiza siempre del mismo modo y el Derecho aplicable es siempre el mismo. La determinación del Derecho aplicable no depende de la actitud de las partes ni del juez. Por tanto la imperatividad de la norma de conflicto refuerza la seguridad jurídica para las partes y para terceros. Así, por ejemplo, un acreedor de un cónyuge sabe que está casado en el régimen determinado por la ley nacional común y debe tener la seguridad de que dicha ley aplicable no cambia por voluntad de las partes (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos])<sup>272</sup>.

### c) Jurisprudencia española y carácter imperativo de la norma de conflicto

**167.** Antes de 1974, y por tanto, antes de que el art. 12.6 CC indicase de modo expreso que las normas de conflicto españolas son imperativas, ya la jurisprudencia defendió esta solución (STS 6 junio 1969 [separación de cónyuges finlandeses], STS 5 noviembre 1971)<sup>273</sup>. Así, dos cónyuges finlandeses instaron la separación judicial en España y solicitaron al tribunal que se les aplicase el Código Civil español (STS 6 junio 1969). En aquel tiempo el art. 9 CC no permitía a los cónyuges elegir la Ley aplicable a la disolución del matrimonio. Los cónyuges no podían pactar que se aplique “otra Ley”, esto es, la Ley española en vez de la finlandesa. La norma no prevé esa posibilidad. El TS indicó que el pacto entre los esposos en favor de la aplicación de la Ley sustantiva española era nulo. El caso no podía regirse por la Ley sustantiva española, sino que debía, por el contrario, quedar sujeto a la ley material finlandesa, como con claridad cristalina ordenaba el art. 9 CC en vigor en 1969.

**168.** En la actualidad, los tribunales españoles sostienen, sin fisuras, la imperatividad de las normas de conflicto españolas, incluido, naturalmente, el TS (ATS 12 junio 2019 [accidente de circulación en Marruecos]; STS 17 abril 2018 [filiación de menor con residencia habitual en Suiza]; STS 17 abril 2015 [cesión de créditos y Derecho holandés], STS 28 abril 2014 [sucesión hereditaria de causante italiano])<sup>274</sup>. También lo afirma la DGRN (RDGRN 20 enero 2011 [escritura de venta otorgada en Venezuela]; RDGRN 22 febrero 2012 [inscripción en España de documento de compraventa formalizado en Venezuela])<sup>275</sup>.

**169.** El TC también ha remarcado el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas (STC Sala Segunda 28 febrero 2011 [competencia de la jurisdicción española y acción de filiación])<sup>276</sup>.

<sup>271</sup> J.J. MARTÍNEZ NAVARRO/A.A. BARBEITO, “La imperatividad de la norma de conflicto del Derecho español”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 781-796.

<sup>272</sup> SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947].

<sup>273</sup> STS 6 junio 1969 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3283]; STS 5 noviembre 1971 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4524].

<sup>274</sup> STS 28 abril 2014 [CENDOJ 28079110012014100234]; STS 17 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1281]; ATS 12 junio 2019 [ECLI:ES:TS:2019:6458A]; STS 1 abril 2011 [ECLI:ES:TS:2011:1805].

<sup>275</sup> RDGRN 20 enero 2011 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3435]; RDGRN 22 febrero 2012 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5959].

<sup>276</sup> STC de 28 febrero 2011 [*Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 8].

#### d) Consecuencias de la imperatividad de la norma de conflicto

##### 170. La imperatividad de la norma de conflicto comporta diversas consecuencias de importancia

- 1º) Las partes no pueden acordar la aplicación de un Derecho estatal distinto a aquél al que remite la norma de conflicto. Dichos acuerdos son nulos de pleno derecho. Se exceptúan, obviamente, los casos en que el legislador permite expresamente que las partes elijan el Derecho aplicable. Así, cuando el art. 10.1 CC indica que la propiedad sobre los inmuebles se rige por el Derecho del país en cuyo territorio están sitios tales inmuebles, demandante y demandado no pueden pactar que el litigio se decida con arreglo al Derecho de otro país distinto. Por el contrario, si la norma de conflicto permite a los contratantes elegir la Ley reguladora de su contrato internacional, éstos podrán hacerlo en los términos legalmente establecidos (art. 3.1 RR-I, art. 22 RES).
- 2º) Todas las autoridades españolas, judiciales y no judiciales, están obligadas a aplicar la norma de conflicto en los casos en que concurren las condiciones de su aplicación (RDGRN 3 agosto 2016 [compraventa de inmueble situado en España entre contratantes alemanes]). A tal efecto, resulta irrelevante para las autoridades españolas: (a) El hecho de que las partes aleguen o reclamen la aplicación de la norma de conflicto europea o española; (b) El hecho de que las partes hayan alegado un Derecho estatal distinto a aquél al que remite la norma de conflicto aplicable y en tal Derecho hayan fundamentado jurídicamente su pretensión; (c) El propio deseo y/o voluntad de los tribunales y autoridades españolas de aplicar el Derecho sustantivo español al fondo del asunto. En definitiva, los tribunales y autoridades españolas no pueden ignorar las normas de conflicto españolas, y aplicar, en su lugar, el Derecho material español. No aplicar el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española y aplicar, en su lugar, el Derecho material español, constituye un error *contra legem*, pues supone ignorar el carácter imperativo de la norma de conflicto. En realidad, la aplicación de un Derecho extranjero es consecuencia natural de la imperatividad de la norma de conflicto española y europea. Aplicar un Derecho extranjero es “*dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado*” (SAP Valencia 14 marzo 2019 [régimen económico matrimonial en Derecho marroquí musulmán])<sup>277</sup>. Por eso mismo se explica que el art. 281.2 LEC conceda amplias facultades a los tribunales para intervenir en la prueba del Derecho extranjero. En esta perspectiva, el juez se convierte en protagonista y defensor de la imperatividad de la norma de conflicto, como destacan D. BUREAU y G. CUNIBERTI<sup>278</sup>.
- 3º) El art. 12.6 CC obliga a las autoridades y tribunales españoles a aplicar de oficio “las normas de conflicto del Derecho español” y el art. 288.II TFUE hace lo mismo en relación con las normas de conflicto europeas contenidas en reglamentos de la UE. Sin embargo, ninguno de los dos preceptos citados obliga a las autoridades españolas a probar y a aplicar de oficio el Derecho extranjero al que puede remitir la norma de conflicto europea o española (SAP Málaga 8 enero 2019 [causante marroquí]; RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], STS 30 abril 2008 [*trust*]), SAP Barcelona 25 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos])<sup>279</sup>. Con carácter general, y sin perjuicio de ciertas excepciones, la prueba del Derecho extranjero al que conduce la norma de conflicto es una carga que recae sobre las partes en el litigio, no sobre el tribunal (arts. 281.2 y 282 LEC). Así lo ha subrayado la jurisprudencia española.

<sup>277</sup> SAP Valencia 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APV:2019:431].

<sup>278</sup> D. BUREAU, “Actualité de l’office du juge en matière conflictuelle - Civ. Ire, 28 juin 2023, n° 22-18.281 ; Civ. Ve, 27 sept. 2023, n° 22-15.146”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 142-147; G. CUNIBERTI, “Le juge est tenu d’appliquer la règle de conflit de lois même statuant en référé”, *Revue critique de droit international privé*, 2021, 2, pp. 435-439.

<sup>279</sup> SAP Málaga 8 enero 2019 [ECLI:ES:APML:2019:17]; RDGRN 14 noviembre 2012 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1128]; STS 30 abril 2008 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2008/2685]; SAP Barcelona 25 marzo 2009 [*Aranzadi JUR*, n. 156579].



- 4º) Cuando un litigio internacional se rige, según las normas de conflicto, por un Derecho extranjero y el juez de instancia español ha aplicado, sin embargo, el Derecho material español, el tribunal que conoce de la apelación está obligado a rectificar dicho error y a aplicar el Derecho extranjero correspondiente. Los arts. 12.6 CC y 288.II TFUE están sujetos al principio *jura novit curia*, de modo que el tribunal que conoce de la apelación debe aplicar dichos preceptos y a través de los mismos, debe aplicar también la norma de conflicto que proceda y el Derecho extranjero al que conduzca la norma de conflicto europea o española en cuestión (SAP Barcelona 30 septiembre 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes], STC 17 enero 2000 [divorcio entre cónyuges armenios])<sup>280</sup>.
- 5º) Como ha indicado con agudeza y elegancia, no exenta también de rigor técnico, la AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [accidente de circulación en España], la cuestión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales no es una cuestión formal o procesal, sino material o sustantiva<sup>281</sup>. En efecto, la precisión de la Ley aplicable es necesaria porque ésta regula los derechos y obligaciones de las partes, es decir, disciplina la relación jurídica que nace del supuesto normativo, y condiciona en nuestro caso la responsabilidad en jurídica de los particulares.

### e) Rechazo de la tesis de la equivalencia entre Ley española y Ley extranjera

**171.** Cuando la norma de conflicto designa una concreta Ley estatal aplicable, ésta rige el supuesto. No es correcto aplicar dos leyes al mismo supuesto. Tampoco es ajustado a Derecho aplicar una amalgama de preceptos tomados de dos leyes extranjeras. Debe aplicarse, exclusivamente, la Ley determinada por la norma de conflicto aplicable (SAP Barcelona 22 septiembre 2020 [Derecho civil común y Derecho catalán]; SAP Barcelona 21 septiembre 2020 [tutela de menor en Cataluña])<sup>282</sup>.

**172.** Cuando la norma de conflicto designa una concreta Ley estatal aplicable, ésta rige el supuesto. No es correcto aplicar, al mismo supuesto, dos leyes al mismo tiempo, ni tampoco una amalgama de preceptos tomados de las dos leyes extranjeras. Debe aplicarse, exclusivamente, la Ley determinada por la norma de conflicto aplicable (SAP Barcelona 22 septiembre 2020 [Derecho civil común y Derecho catalán])<sup>283</sup>.

Algunos autores y cierta jurisprudencia consideran que si la Ley extranjera designada por la norma de conflicto presenta el mismo contenido que la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) o produce las mismas consecuencias jurídicas, entonces se puede aplicar la *Lex Fori* y asunto resuelto. Es decir: en los casos de “falsos conflictos de Leyes”, se puede aplicar la *Lex Fori* / Ley española, y no la Ley extranjera. Sin embargo, esta tesis no es correcta. En estos supuestos, debe aplicarse, en todo caso, la Ley extranjera a la que conduce la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto.

**173.** En algunos casos, el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto de un Estado y el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) tienen el mismo o muy semejante contenido y/o conducen a la misma solución jurídica del caso concreto. Estos supuestos se denominan “falsos conflictos de leyes” (*False Conflict* o *Anti-choix*), como H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA puso hábilmente de relieve en su ya clásico trabajo sobre el “Krypto-Derecho internacional privado”<sup>284</sup>. En relación con esta situación se han sostenido varias posiciones doctrinales. Así, ciertos tribunales y determinados autores han indicado que, en estos supuestos, se puede aplicar la *Lex Fori* y no el Derecho extranjero al que remite

<sup>280</sup> SAP Barcelona 30 septiembre 2014 [CENDOJ 08019370122014100565]; STC 10/2000 de 17 enero 2000 [*Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 10, BOE n. 42 de 18 febrero 2000].

<sup>281</sup> AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1277A].

<sup>282</sup> SAP Barcelona 21 septiembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8635]; SAP Barcelona 22 septiembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8694].

<sup>283</sup> SAP Barcelona 22 septiembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8694].

<sup>284</sup> H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Krypto-Internationales Privatrecht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1986, pp. 246-262.

la norma de conflicto. En efecto, estos tribunales y autores han subrayado que en estos casos de “falsos conflictos de Leyes”, es indiferente aplicar uno u otro Derecho sustantivo estatal. Por ello, el tribunal puede aplicar tranquilamente su propio Derecho sustantivo y no el Derecho al que conduce la norma de conflicto de su Estado. Tal solución será siempre más veloz y menos laboriosa para el tribunal. Ejemplo: la filiación de un español con residencia habitual en Italia se rige por el Derecho italiano (art. 9.4.I CC), pero el tribunal español puede aplicar el Derecho sustantivo español si es sustancialmente idéntico al Derecho sustantivo italiano, porque el resultado final del litigio no cambia. Esta tesis, edificada sobre la “economía conflictual” y la “economía procedimental” (*“economie procédurale”*), subraya que la “*similitude de résultats*” justifica la no aplicación de las normas de Derecho internacional privado y la no aplicación del Derecho extranjero eventualmente reclamado por tales normas, apunta PH. MALAURIE<sup>285</sup>. En favor de esta tesis se pronuncia numerosa jurisprudencia extranjera (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 13 abril 1999) y española, si bien con tantos matices como colores existen en el arco iris (SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [accidente en Francia])<sup>286</sup>. Esta tesis no es casualidad. A la jurisprudencia española le atrae esta tesis como los dulces atraen a los niños, por dos razones: (a) A los tribunales españoles les resulta extremadamente más cómodo y rápido aplicar la *Lex Fori* (Ley española) que la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, todo ello aunque se trate de una tesis *contra legem*. Por ello, por pura comodidad judicial, suelen emplear esta tesis; (b) En ocasiones, el tribunal español determina la Ley aplicable y ésta resulta ser una Ley extranjera, pero en el fondo, no está muy seguro de ello y piensa que, quizás, el caso debía regirse por la Ley española. Por tanto, el tribunal realiza la siguiente finta argumentativa: sea cual fuere la Ley aplicable, la Ley extranjera o la Ley española, el resultado no cambia, de modo que puede aplicarse la Ley española (SAP Girona 6 junio 2012 [contrato de préstamo regido por el Derecho holandés]: “[e]n consecuencia tanto si aplicamos el derecho holandés como el español, la cesión es válida y obliga a los demandados frente al nuevo deudor...”)<sup>287</sup>; (c) En otros casos, la Ley aplicable es una Ley extranjera pero ante su falta de prueba fiable, el tribunal aplica la Ley española y afirma, para evitar recursos y otras complicaciones, que el contenido del Derecho extranjero no probado de manera correcta es, de todos modos, igual o equivalente al contenido del Derecho material español (SAP Madrid 17 enero 2019 [accidente en Portugal])<sup>288</sup>.

**174.** Existe una formulación avanzada de la tesis anterior, más sofisticada pero igualmente errónea. Consiste en afirmar que la Ley aplicable a una situación privada internacional es la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, pero que al basarse dicha Ley extranjera y la Ley española en los mismos principios jurídicos, se aplicará la Ley extranjera pero ésta se interpretará con arreglo a los cánones hermenéuticos de la Ley y de la jurisprudencia española. Semejante confusión es palpable en ciertos pronunciamientos (SAP Barcelona 26 febrero 2010 [divorcio entre marroquíes: aplicación de la Ley marroquí “adaptada” a las normas españolas])<sup>289</sup>. Así, la SAP Barcelona 17 abril 2013 [divorcio entre cónyuges filipinos] indica que la Ley de Filipinas “*incorpora el mismo criterio que los arts. 237-5.1 del Código Civil de Cataluña, 262 del Código de Familia*”, de modo que el Derecho filipino “*debe ser aplicado al presente caso (...) y da pie a aplicar los criterios jurisprudenciales y doctrinales que interpretan la Lex Fori*”<sup>290</sup>. Es decir, el tribunal aplica el Derecho filipino una vez interpretado con arreglo a los cánones hermenéuticos del Derecho catalán: brillante. La tesis derrocha imaginación pero conduce, lógicamente, a una desnaturalización del Derecho extranjero, lo que supone vulnerar el art. 12.6 CC y vulnerar también la norma de conflicto que ordena aplicar el Derecho extranjero. Por todo ello, esta tesis constituye un enfoque equivocado cuya existencia se explica por una muy extendida pereza judicial en la aplicación correcta de la Ley extranjera reclamada por las normas de conflicto europeas o españolas.

<sup>285</sup> PH. MALAURIE, «Loi uniforme et conflits de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1967, vols. 25-27, pp. 83-109.

<sup>286</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 13 abril 1999 [*Bulletin* 1999 I, n. 133 p. 86]; SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [ECLI:ES:APB:2018:6940].

<sup>287</sup> SAP Girona 6 junio 2012 [CENDOJ 17079370012012100233].

<sup>288</sup> SAP Madrid 17 enero 2019 [ECLI:ES:APM:2019:773].

<sup>289</sup> SAP Barcelona 26 febrero 2010 [CENDOJ 08019370122010100117].

<sup>290</sup> SAP Barcelona 17 abril 2013 [CENDOJ 08019370122013100217].

175. Otros autores han subrayado que, también en relación con estos casos de “falsos conflictos de leyes” resulta necesario determinar, siempre, qué concreto “Derecho estatal” rige el supuesto y es forzoso aplicar, en su caso, la Ley extranjera a la que remite la norma de conflicto. Esta segunda tesis es correcta y ello por varios motivos: (a) Conocer el Derecho aplicado al fondo del asunto es un derecho subjetivo de las partes, que sólo de este modo pueden, en su caso, interponer un recurso jurídicamente bien construido ante una instancia judicial superior. En efecto, en el recurso contra una decisión judicial deben ser citados los concretos preceptos legales presuntamente infringidos y en caso contrario, el recurso se desestimarán; (b) Determinar qué concreto Derecho estatal rige un supuesto internacional es necesario para solventar problemas de formación de la jurisprudencia. En efecto, si el tribunal aplica Derecho español, puede generar “jurisprudencia” (art. 1.6 CC), pero si aplica Derecho extranjero, lo que el tribunal indique sobre tal Derecho extranjero no constituye “jurisprudencia”; (c) Precisar el concreto Derecho estatal aplicable es necesario, también, porque sólo el Derecho extranjero debe ser probado. Por tanto, si se aplica Derecho español, las partes no deben probarlo, pero si se aplica Derecho extranjero, la parte que invoca la aplicación del mismo debe acreditar su contenido y vigencia (art. 281.2 y 282 LEC); (d) La tesis de la equivalencia entre Ley extranjera y *lex materialis fori* no cuenta con ningún soporte legal. Ninguna norma jurídica autoriza a “no aplicar” el Derecho extranjero por su presunta igualdad o similitud con el Derecho sustantivo español. Todo lo contrario. En efecto, cuando una norma de conflicto española conduce a la aplicación de un Derecho extranjero, el carácter imperativo de tal norma de conflicto (art. 12.6 CC) obliga a los tribunales españoles a aplicar tal Derecho extranjero y prohíbe, *contrario sensu*, la aplicación del Derecho material español a la situación privada internacional de la que se trate; (e) La afirmación de que dos Derechos estatales son “idénticos” o “sustancialmente similares” o “equivalentes”, raramente se verifica en la práctica. Ciertas diferencias siempre existen y pueden resultar relevantes para la resolución del fondo del asunto. Así, dos Derechos estatales pueden ser iguales, pero la interpretación que se hace de cada Derecho estatal es diferente en cada país. Así en el célebre caso fallado por la importante sentencia de la Cour de Cassation, Comm., Francia, 4 marzo 1963, *Hocke*, los tribunales alemanes y franceses aplicaban la misma norma, la contenida en el Convenio de Ginebra de 7 junio 1930 sobre letra de cambio y pagaré, en vigor para ambos países<sup>291</sup>. Dicho texto indicaba que el aval se presumía otorgado para el librador. Sin embargo, los tribunales alemanes entendían que se trataba de una presunción simple o *juris tantum* que admitía prueba en contrario, mientras que los tribunales franceses opinaban que se trataba de una presunción legal *juris et de jure* sin posible prueba en contrario.

#### f) Imperatividad de la norma de conflicto en el Derecho internacional privado europeo

176. Las normas de conflicto del Derecho de la Unión Europea contenidas en Reglamentos de la UE son imperativas. Esta afirmación se basa en dos argumentos.

En primer lugar, el art. 288.II TFUE señala que “[e]l reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Las normas de conflicto recogidas en Directivas europeas también son imperativas en los términos del art. 288.III TFUE: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. En consecuencia, los tribunales deben aplicar, en todo caso, las normas de conflicto europeas, aunque no hayan sido alegadas por los litigantes (SAP A Coruña 24 mayo 2023 [alimentos y menor nacido en Venezuela]; SAP Tarragona 28 junio 2018 [cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [accidente en Francia]; SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [divorcio entre esposos argentinos], SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [pensión por desequilibrio y cónyuges uruguayos])<sup>292</sup>.

<sup>291</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Comm., Francia, 4 marzo 1963, *Hocke* (Francia),

[*Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 235 y nota P. LAGARDE].

<sup>292</sup> SAP A Coruña 24 mayo 2023 [ECLI:ES:APC:2023:1250]; SAP Tarragona 28 junio 2018 [ECLI:ES:APT:2018:1014]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [ECLI:ES:APB:2018:6940]; SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:6269A]; SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:7603].

En segundo lugar, los principios de primacía del Derecho europeo y de efectividad o efecto útil del Derecho europeo imponen una aplicación imperativa de las normas de conflicto europeas, como ha indicado la sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 26 mayo 2021 en relación con las normas de conflicto del Reglamento Roma II<sup>293</sup>.

Como es obvio, natural y sencillo de entender, las normas de conflicto del Derecho europeo no son imperativas porque así lo establezca el art. 12.6 CC, ya que este precepto sólo cubre las normas de conflicto del Derecho español, no las recogidas en el Derecho europeo.

### g) El Derecho internacional privado facultativo y el art. 12.6 CC

177. Las normas de conflicto españolas y europeas son, como se ha visto, “imperativas”. Pero éste no es el único enfoque posible. Desde antiguo se ha defendido que las normas de conflicto pueden ser, por el contrario, normas “facultativas”. Las partes podrían, en tal caso, “descartar” la solución ofrecida por el legislador en la norma de conflicto, y preferir la aplicación del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). El “Derecho internacional privado facultativo” ha tenido un cierto éxito. Varios motivos lo explican.

En unas ocasiones, las normas de conflicto conducen a resultados absurdos o injustos. Pues bien, si las partes prescinden de la norma de conflicto, el problema desaparece. Esta justificación es válida: los particulares rechazan las regulaciones absurdas, inadecuadas, injustas y que penalizan el intercambio internacional. Y si la norma de conflicto no está correctamente diseñada, es natural que los particulares procuren “escapar” de dicha norma. Esta afirmación es un aviso a navegantes para el legislador: cuando se invoca por las partes o por expertos legales el carácter facultativo de la norma de conflicto por este motivo, es porque la norma de conflicto es errónea y debe modificarse.

En otros casos, los tribunales prefieren soluciones “cómodas”. Aplicar un Derecho “nacional” es siempre más económico, inmediato y sencillo que aplicar un Derecho “extranjero”. Pues claro: el Derecho extranjero hay que probarlo y el Derecho nacional, no. El Derecho extranjero hay que interpretarlo con arreglo a criterios “extranjeros” que el tribunal no conoce y por tanto debe estudiarlos. Y eso es complejo y lleva tiempo. Y además se dice que de este modo se evita la aplicación de Leyes extranjeras de “escasa calidad”, que por otro lado, suelen aplicarse con numerosos errores por jueces de otros países. Esta segunda presunta justificación no se sostiene. Está basada en la comodidad judicial, en el provincianismo nacionalista y en la pereza. No en criterios de Justicia.

178. El “Derecho internacional privado facultativo” es una “tendencia-madre” que comprende diversas modalidades.

En primer lugar, debe destacarse el Derecho internacional privado facultativo puro o anglosajón. Según esta doctrina, la norma de conflicto “no existe” a menos que las partes la invoquen ante los tribunales. Si las partes no instan la aplicación de la norma de conflicto, el tribunal no se complica la vida y aplica su propia Ley sustantiva (*lex materialis fori*) y trata el caso como un “caso nacional”, no como un “caso de Derecho internacional privado”. Esta tesis se sigue en el Reino Unido, USA y otros países anglosajones.

En segundo término, es preciso tener en cuenta el llamado Derecho internacional privado facultativo francés, edificado sobre la célebre doctrina *Bisbal*. Según esta tesis, las normas de conflicto “existen”, pero las partes pueden prescindir de dicha norma de conflicto y pueden optar por la aplicación de la *Lex Fori*, de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta tesis se siguió durante el siglo XX en Francia (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 12 mayo 1959, *Bisbal* [divorcio entre cónyuges españoles en tiempos en los que el divorcio no existía en Derecho español]<sup>294</sup>). Aunque según las normas de conflicto francesas (art. 3 *Code*) la Ley aplicable al divorcio

<sup>293</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 26 mayo 2021 [ECLI:FR:CCAS:2021:C100421].

<sup>294</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 12 mayo 1959, *Bisbal* [*Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 62, nota H. BATIFFOL].

era la Ley sustantiva española, la *Cour* indicó que las partes podían “descartar” la norma de conflicto francesa, que conducía al Derecho español, y optar en favor de la Ley sustantiva francesa. El divorcio se concedió porque el Derecho sustantivo francés sí lo permitía. Ciertas decisiones judiciales españolas siguen, de modo inconsciente pero claro, esta tesis, ya que afirman que el Derecho extranjero sólo debe aplicarse si alguna parte lo invoca y si, como consecuencia de ello, se suscita la cuestión de determinar qué Derecho estatal rige el caso. Si no existe tal invocación por las partes, el Derecho material español debe aplicarse al caso.

En tercer lugar, debe destacarse también el Derecho internacional privado facultativo germánico (*Fakultatives Kollisionsrecht*). Las normas de conflicto en materias de Derecho dispositivo, generalmente Derecho Patrimonial, deben ser “facultativas”, apunta esta doctrina. Las partes pueden elegir la aplicación la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*), o bien la Ley designada por tales normas de conflicto como explica A. FLESSNER y una nutrida pléyade de autores germanos<sup>295</sup>.

En cuarto lugar, la tesis del Derecho internacional privado facultativo español o tesis de la “imperatividad formal” de las normas de conflicto no puede tampoco obviarse, como adecuadamente explica J.C. FERNÁNDEZ ROZAS<sup>296</sup>. En España, el TS proclama, “formalmente”, que las normas de conflicto son “imperativas”, qué remedio le queda, ya que lo dice expresamente el art. 12.6 CC. Sin embargo, el TS permite que las partes “descarten” fácilmente la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto por el simple mecanismo de “no alegar ni probar” la Ley extranjera. De ese modo, el supuesto queda sometido a la Ley española (*lex fori*). Hecha la Ley (*imperatividad de la norma de conflicto*), hecha la trampa (*pasividad de las partes = aplicación de la Ley española*). En suma, como ha mostrado J. VERHELLEN, es frecuente que los jueces activen toda una paleta de excusas basada en la dificultad de acceso al Derecho extranjero para no aplicar tal Derecho extranjero y para apartarse de la norma de conflicto de leyes, por mucho que el legislador proclamen la imperatividad de la misma<sup>297</sup>.

## h) **Ámbito operativo actual del art. 12.6 CC**

**179.** La importancia de esta disposición en la ordenación del sistema conflictual español es innegable. Su muy frecuente aplicación por los tribunales españoles confirma este dato. Por otra parte, el art. 12.6 CC contribuye a dotar de una “ordenación no discriminatoria” a todo el sistema español de Derecho internacional privado. Es verdad, no obstante, que la imperatividad de la norma de conflicto a la que el precepto se refiere sólo alcanza a las normas de conflicto españolas y que no puede proyectarse este art. 12.6 CC a las normas de conflicto de leyes del Derecho europeo, pero ello no le quita ningún valor.

<sup>295</sup> A. FLESSNER, “Fakultatives Kollisionsrecht”, *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584; D. KÖRNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, Tübingen, 1995; D. REICHERT-FACILIDES, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Tübingen, 1995; K. SCHURIG, “Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR - Anmerkungen zu Flessners Thesen”, *RabelsZ.*, 1995, pp. 229-244; F. STURM, “Fakultatives Kollisionsrecht - Notwendigkeit und Grenzen”, *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1981, pp. 329-351.

<sup>296</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Art. 12.6 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 1050-1082; Id., “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t.XXXV, Madrid, 1996, pp. 171-209. También, en sentido similar, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, en X. Abel Lluch, J. Pico Junoy y M. Richard Gonzalez (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones, civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, 477-498.

<sup>297</sup> J. VERHELLEN, “Access to foreign law in practice: easier said than done”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 281-300.

### 3. Los problemas de aplicación no abordados por el artículo 12 CC

#### A) Aplicación del Derecho extranjero (antiguo y hoy ya derogado art. 12.6.II CC)

##### a) Antecedentes históricos e impacto del art. 12.6.II CC

**180.** Antes de la promulgación del Código Civil de 1889, ya la Sala Primera del TS español había elaborado unas reglas sobre la aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Dichas reglas están basadas en la Ley XV, Título XIV de la Partida III del Rey Alfonso X el Sabio, que luego recogió la Novísima Recopilación de 1805 (Ley I, Título XIV, Libro XI), como ha puesto de relieve el muy documentado estudio de P.P. MIRALLES SANGRO<sup>298</sup>. En el citado texto de las Partidas se afirma que en los litigios que debían decidirse con arreglo a un Derecho extranjero, las partes debían alegar y probar tal Derecho extranjero (*[los jueces] bien pueden recibir la prueba, o la ley o el fuero de aquella tierra que alegaron antel e déjese por ella averiguar e delibrar el pleyto*). En efecto, en el régimen jurídico español anterior al Código Civil de 1889, la alegación de los hechos y también del Derecho aplicable, español o extranjero, debía realizarse a instancia de parte. Cuando el Código Civil español de 1889 entra en vigor, el legislador impone la aplicación de oficio, exclusivamente, del Derecho español (*jura novit curia*), de modo que tanto los meros y puros hechos procesales como el Derecho extranjero quedaron sujetos al régimen de alegación y prueba a instancia de parte, esto es, siguieron sujetos al régimen jurídico que establecieron las Partidas alfonsinas en el siglo XIV. Pues bien, las reglas que, a partir del citado texto de las Partidas aplicó el TS desde su STS 21 junio 1864 [sucesión del Duque de Cadaval e inaplicación de las Leyes portuguesas por falta de prueba], pueden resumirse en tres grandes proposiciones<sup>299</sup>.

Con arreglo a la primera proposición, el Derecho extranjero no puede tratarse procesalmente como “Derecho”. Tratar al Derecho extranjero como “Derecho” supondría un atentado contra la Soberanía española, ya que llevaría a aceptar en España “mandatos de Soberanos extranjeros”. Por ello, para el TS, el Derecho extranjero se comporta como un “hecho procesal”. Como tal, el Derecho extranjero debe alegarse y probarse a instancia de parte (STS 21 junio 1864, STS 20 marzo 1877, STS 13 enero 1885, STS 26 mayo 1887, STS 28 enero 1896, STS 7 noviembre 1896, STS 19 noviembre 1904, STS 1 febrero 1934, STS 9 enero 1936, STS 17 julio 1937, STS 29 septiembre 1956, STS 16 diciembre 1960, STS 30 junio 1962, STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971)<sup>300</sup>.

Según la segunda proposición dos, el juzgador español tiene la facultad, pero no la obligación, de “intervenir” en la prueba del Derecho extranjero. Así es, pero no se vayan porque todavía hay más. El TS nunca indicó en qué casos y/o circunstancias “podía intervenir” el juez en la prueba del Derecho extranjero. Por ello, los tribunales intervenían en la prueba del Derecho extranjero de modo discrecional e incluso arbitrario (STS 26 mayo 1887, STS 13 enero 1885, STS 30 enero 1930, STS 21 febrero 1935, STS 16 octubre 1940, STS 14 diciembre 1940, etc.)<sup>301</sup>.

A tenor de la tercera proposición, a falta de prueba del Derecho extranjero por la parte interesada, el tribunal español debía fallar con arreglo al Derecho material español (*back to lex fori*). Con lo cual, bastaba con que las partes sin tener ni siquiera que explicar por qué no probaban el Derecho extranjero, para que éste no se aplicara pese al tenor literal de la norma de conflicto española.

<sup>298</sup> P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007.

<sup>299</sup> STS 21 junio 1864 [*Jurisprudencia Civil*, vol 9, p. 488].

<sup>300</sup> STS 21 junio 1864 [*Jurisprudencia Civil*, vol 9, p. 488]; STS 26 mayo 1887 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 61, p. 836]; STS 28 enero 1896 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 79, p. 125]; STS 7 noviembre 1896 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 80, p. 508]; STS 1 febrero 1934 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 212, p. 459]; STS 9 enero 1936 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 222, p. 151]; STS 17 julio 1937 [*Jurisprudencia Civil*, vol. I (1936-1937), p. 494]; STS 29 septiembre 1956 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 51, p. 424]; STS 16 diciembre 1960 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4097]; STS 30 junio 1962 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3322]; STS 6 junio 1969 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3283]; STS 5 noviembre 1971 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4524].

<sup>301</sup> STS 13 enero 1885 [*Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 57. 1885, núm 14]; STS 26 mayo 1887 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 61, p. 836]; STS 30 enero 1930 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 192, p. 553]; STS 21 febrero 1935 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 217, p. 567]; STS 16 octubre 1940 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 4934]; STS 14 diciembre 1940 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 1135].

**181.** Las reglas elaboradas por la Sala Primera del TS en el siglo XIX fueron observadas por los tribunales españoles de un modo prácticamente unánime durante todo el siglo XX. Los cambios legislativos no tuvieron la más mínima incidencia en la cuestión y en la práctica forense. La doctrina que el TS forjó en torno a 1860 relación con la aplicación del Derecho extranjero ha permanecido prácticamente inalterada a través de los años y de los siglos. Varias razones explican este fenómeno.

En primer término, el Código Civil de 1889 carecía de regulación sobre la cuestión. Por tanto, a falta de Ley, siempre queda el TS. Y como el TS, ya antes del Código civil de 1889, había elaborado sus famosas “tres proposiciones” sobre la cuestión, tales reglas siguieron siendo observadas por los tribunales con absoluta fidelidad.

En segundo lugar, en 1974, el art. 12.6.II CC se ocupó de la cuestión. Sin embargo, el texto de este precepto era confuso, ambiguo e impreciso. Y desde luego, es claro que el art. 12.6.II CC no optó en favor del modelo regulativo de la aplicación de oficio del Derecho extranjero. Algunas sentencias indicaron que el art. 12.6.II CC constituía una base suficiente para admitir una “obligación del juez” de probar el Derecho extranjero en defecto de prueba por las partes (SAT Valencia 3 abril 1982, SAP Oviedo, Sec.4ª, 13 marzo 1990; SAP Granada, Sec.3ª, 12 febrero 1992)<sup>302</sup>. Sin embargo, en la práctica, el TS y con él la inmensa mayoría de los tribunales españoles, siguieron aferrados a las “tres proposiciones” forjadas por la Sala Primera del TS en el siglo XIX al respecto (STS 15 noviembre 1996, STS 25 enero 1999, STS 9 febrero 1999, STS 5 junio 2000, STS 13 diciembre 2000, STS 17 julio 2001, entre otras muchas)<sup>303</sup>.

En tercer lugar, la Constitución de 1978 no contenía mandatos específicos sobre la cuestión. Es completamente cierto que la CE 1978 sí que recoge principios y valores que deberían haber inclinado al legislador a elaborar un régimen de la aplicación del Derecho extranjero en España “constitucionalmente orientado” que desarrollara los principios de “tutela judicial efectiva” y “seguridad jurídica”, explica P.P. MIRALLES SANGRÓ<sup>304</sup>. No obstante, el legislador no introdujo ninguna regulación “constitucionalmente orientada” de la cuestión. Y la jurisprudencia del TS y del TC, aunque con ciertas excepciones, tampoco elaboró un modelo de interpretación de la normativa vigente con arreglo a la Constitución. En conclusión: para el TS, el art. 12.6.II CC elaborado en 1974 y la Constitución española de 1978 no tuvieron la más mínima incidencia práctica en la cuestión del tratamiento procesal del Derecho extranjero.

## **b) La triple regulación actual de la cuestión**

**182.** El art. 12.6 II CC fue derogado por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000 (BOE núm.7 de 8 enero 2000), inciso legal que recogía una norma de funcionamiento relativa a la aplicación y prueba del Derecho extranjero. Se estimó que se trataba de una cuestión de naturaleza procesal y se llevó su regulación al cuerpo de la Ley de enjuiciamiento civil. Fue un cambio de sede legal, si se quiere un cambio estético pero dicho cambio no carece de importancia sustancial. La regulación de la alegación, aplicación y prueba del Derecho extranjero ha quedado situada lejos del Código civil, donde todavía habitan la mayor parte de las normas de conflicto españolas. Ello entraña el peligro de un potencial entendimiento excesivamente procedimental de la cuestión que no encaja correctamente con el papel central que las normas de conflicto despliegan en la regulación de las situaciones privadas internacionales. Este cambio se explica de modo sencillo si se tiene presente que la cuestión de la acreditación del Derecho extranjero en la LEC fue exclusivamente tratada por expertos en Derecho procesal y no por especialistas en Derecho internacional privado.

<sup>302</sup> SAT Valencia 3 abril 1982 [*Revista General de Derecho*, 1983, p.1137]; SAP Oviedo, Sec.4ª, 13 marzo 1990 [*Revista española de Derecho internacional*, 1991, vol.XLIII, pp. 532-535]; SAP Granada, Sec.3ª, 12 febrero 1992 [*Revista española de Derecho internacional*, 1992, vol.XLIV, pp. 236-239].

<sup>303</sup> STS 15 noviembre 1996 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997, pp. 265-268]; STS 25 enero 1999 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 321]; STS 9 febrero 1999 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 1054]; STS 5 junio 2000 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 5094]; STS 13 diciembre 2000 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 10439]; STS 17 julio 2001 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 5433].

<sup>304</sup> P.P. MIRALLES SANGRÓ, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 19-21.

La regulación actual de las cuestiones relativas a la alegación y prueba del Derecho extranjero se halla dispersa en tres cuerpos legales diferentes del Derecho español.

- 1º) *La premisa axiológica. Imperatividad de la norma de conflicto.* El art. 288 TFUE y el 12.6 CC. Estos dos preceptos revisten una importancia radical a la hora de perfilar la alegación y prueba del Derecho extranjero en España. Ambos indican que las normas de conflicto europeas y españolas, respectivamente, son imperativas. En consecuencia, las partes no pueden prescindir de lo que indican tales normas de conflicto y pactar la “no aplicación” de las mismas cuando éstas ordenen aplicar un Derecho extranjero al fondo del asunto. Del mismo modo, puede afirmarse que cuando la norma de conflicto española ordena aplicar un concreto Derecho extranjero, es éste y no otro el Derecho estatal que debe regular la situación privada internacional de la que se trate. Esta premisa valorativa condiciona todo el régimen de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el sistema español.
- 2º) *El núcleo. Exigencia de prueba del Derecho extranjero y la asignación de la carga de la prueba del mismo.* El art. 281.2 LEC. Este precepto es la clave de bóveda de todo el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español, como así lo admite el art. 33.1 LCJIMC. El art. 281.2 LEC regula: (a) La necesidad de prueba del Derecho extranjero; (b) El objeto de la prueba cuando se trata de acreditar el Derecho extranjero, esto es, los extremos concretos a probar en relación con un Derecho extranjero; (c) La regla general de la carga de la prueba del Derecho extranjero y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba.
- 3º) *Los contornos adjetivos. Aspectos de procedimiento de la prueba del Derecho extranjero.* Los arts. 33-36 LCJIMC. Estos preceptos contienen una regulación de tres importantes aspectos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: (a) El valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); (b) La solución a seguir en el caso de que resulte imposible, para las partes, probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC); (c) El régimen jurídico de la llamada “información del Derecho extranjero”, esto es, la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un concreto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.

## **B) Remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos *ad intra* (art. 12.5 CC).**

### **a) La cuestión problemática y la presunta laguna legal**

**183.** La remisión a sistemas plurilegislativos “*ad intra*” se produce cuando una situación privada internacional inicialmente sujeta a un Derecho extranjero, va a ser regulada por el Derecho español, de modo que se plantea la cuestión de precisar cuál de los Derechos Privados existentes en España debe regir la situación: el Derecho civil común o alguno de los Derechos Privados autonómicos. Existen tres casos diferentes de remisión a sistemas plurilegislativos “*ad intra*”.

- 1º) *Remisión *ad intra* por reenvío de retorno.* Ocurre cuando la norma de conflicto española remite a un Ordenamiento jurídico extranjero para la regulación de una situación privada internacional, ordenamiento que remite de nuevo la cuestión al Derecho español en virtud de “reenvío de retorno” (art. 12.2 CC). Ejemplo: se debe precisar la Ley reguladora de la filiación de un menor español con residencia habitual y bienes en Escocia. Aunque el art. 9.4 CC remite al Derecho escocés para regular la filiación, la Ley escocesa vuelve a remitir al Derecho español, de modo que se plantea la cuestión de precisar si el Derecho que debe regir la filiación del menor escocés es el Derecho Catalán o el Derecho Civil común español (*vid.* un ejemplo en el ámbito sucesorio en el famoso Auto del Juzgado de distrito del



- Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900 [reenvío hecho por la Ley escocesa en favor de la Ley española y causante con residencia habitual y bienes en Cataluña]<sup>305</sup>.
- 2º) *Remisión ad intra por falta de prueba del Derecho extranjero*. Se plantea cuando la norma de conflicto española remite a un ordenamiento jurídico extranjero pero dicho ordenamiento no resulta probado en el proceso y el tribunal español que conoce del asunto decide, entonces, aplicar al supuesto el Derecho sustantivo español. Ejemplo: dos cónyuges marroquíes con residencia en Madrid y Rabat, respectivamente, instan el divorcio ante juez español. Dicho divorcio se rige por el Derecho marroquí (art. 8 RR-III), pero dicho ordenamiento no resulta probado, y el tribunal español decide aplicar el Derecho sustantivo español. Visto que ambos cónyuges residen habitualmente en Barcelona, se plantea la cuestión de saber si el divorcio debe regirse por el Derecho civil catalán o por el Derecho civil común español (SAP Barcelona 28 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Barcelona 24 enero 2008 [separación matrimonial entre cónyuges marroquíes regida por el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho marroquí])<sup>306</sup>.
- 3º) *Remisión ad intra, en un caso internacional, por la misma norma de conflicto europea o española*. Se plantea el problema, igualmente, cuando, en un caso “internacional” la norma de conflicto europea o española ordena la aplicación del Derecho español al fondo del asunto (SAP Barcelona 19 junio 2023 [contrato sometido al Derecho español])<sup>307</sup>. Ejemplo: se suscita un litigio ante juez español sobre alimentos debidos a un menor alemán con residencia habitual en Teruel. El Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias remite a la Ley del país de la residencia habitual del acreedor de alimentos, que es España, de modo que ahora es preciso concretar si se aplicará el Derecho español civil común o el Derecho aragonés.

**184.** El art. 12 CC no contempla este problema de aplicación de la norma de conflicto. No puede afirmarse que el art. 12.5 CC incurra en una laguna legal al respecto, pues es claro que el párrafo citado sólo se ocupa de regular la determinación del Derecho regulador de una situación privada internacional cuando es aplicable un ordenamiento jurídico extranjero, no cuando el Derecho sustantivo español rige la cuestión. Sí puede afirmarse que el art. 12 CC, en su globalidad no tuvo presente este problema de aplicación de la norma de conflicto, como tampoco reguló otros problemas similares, como el conflicto móvil o la adaptación.

En definitiva, el Derecho internacional privado español carece de una norma expresa que contemple este problema. Sin embargo, el art. 12.5 CC puede ser aplicado por analogía (SAP Alicante 18 abril 2013 [custodia de menores hijos de varón español y mujer británica])<sup>308</sup>. Resultado: la determinación del Derecho aplicable debe realizarse mediante la aplicación del “Derecho interregional español”, contenido, básicamente, en el art. 16 CC. Este precepto indica que, con ciertas limitaciones, la determinación del Derecho aplicable en supuestos de Derecho interregional, se llevará a cabo a través de las normas de Derecho internacional privado “*contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil*”. Tales normas decidirán qué Derecho español es aplicable, esto es si debe aplicarse el Derecho civil común español o un Derecho civil autonómico español. La solución consistente en la aplicación del Derecho interregional español merece diversos comentarios.

**185.** En primer lugar, y por desgracia, frente a esta cuestión, la mayor parte de los tribunales españoles ignoran el problema porque no lo perciben. En consecuencia, ignoran también la posibilidad de aplicar el art. 16 CC para solventar la cuestión. Aplican, simplemente, el Derecho civil español común o autonómico correspondiente al territorio donde dicho tribunal opera (*Lex Magistratus*). Ejemplo: si dos marroquíes se divorcian en Barcelona y el Derecho marroquí no resulta probado, el tribunal barcelonés aplicará el Derecho catalán a la disolución del régimen económico matrimonial, lo que constituye un

<sup>305</sup> Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900 [*Revista Jurídica de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180].

<sup>306</sup> SAP Barcelona 28 julio 2009 [CENDOJ 08019370122009100525]; SAP Barcelona 24 enero 2008 [CENDOJ 08019370122008100044].

<sup>307</sup> SAP Barcelona 19 junio 2023 [ECLI:ES:APB:2023:6953].

<sup>308</sup> SAP Alicante 18 abril 2013 [CENDOJ 03014370042013100158].

error claro de inaplicación no justificada del art. 16 CC (SAP Barcelona 28 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes])<sup>309</sup>.

**186.** En segundo lugar, una ardua cuestión surge en relación con la aplicación del Derecho español a los ciudadanos extranjeros. La aplicación del Derecho interregional español para precisar si se aplica el Derecho Civil común o el Derecho civil autonómico no solventa todos los problemas. En especial, porque el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto. Ejemplo 1: la validez de fondo del testamento de un sujeto de vecindad civil catalana se rige por el Derecho catalán y no por el Derecho civil común (art. 16.1º CC y art. 9.8 CC). Ejemplo 2: divorcio entre cónyuges dominicano y español con residencia habitual en España, regido por el Derecho español *ex art. 8.c) RR-III*. Pues bien, se plantean graves problemas cuando se trata de un sujeto extranjero, pues sólo los españoles poseen alguna “vecindad civil” en España.

La solución a la inadaptación de la vecindad civil en estos supuestos, vista la laguna existente, puede llegar mediante la aplicación directa del principio de la “vinculación más estrecha” o “mayor proximidad”. De ese modo, el juez competente debe aplicar el Derecho Civil común o autonómico que corresponda a la Comunidad Autónoma española más estrechamente vinculada con el caso. En otros casos, cuando la norma de conflicto emplea un punto de conexión que puede emplearse para hacer aplicable un concreto Derecho Privado español, debe utilizarse a tal efecto. Así, el divorcio entre dominicana y español se debe regir por la Ley de la Comunidad Autónoma donde los cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda (SAP Barcelona 3 junio 2013 [divorcio entre español y dominicana])<sup>310</sup>.

## **b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo**

**187.** Cuando la norma de conflicto contenida en un reglamento europeo de Derecho internacional privado conduce a la aplicación de la “Ley española”, surge la duda de saber si debe aplicarse el art. 16 CC para decidir si el Derecho aplicable es el Derecho civil común o un Derecho civil autonómico. La solución es sencilla.

En primer lugar, si el reglamento europeo en cuestión utiliza una “cláusula de remisión directa”, dicha cláusula debe observarse y el art. 16 CC es inaplicable. Tal previsión determinará de modo directo, el Derecho Privado español, común o autonómico, que debe regir el supuesto. Es el caso del art. 22.1 RR-I, art. 25.1 RR-II y art. 14 RR-III.

En segundo término, si el reglamento europeo en cuestión emplea una “cláusula de remisión indirecta”, el art. 16 CC será aplicable, pues dicho reglamento europeo así lo exige. Y a través del art. 16 CC, se aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil para decidir si el Derecho aplicable es el Derecho Civil español civil común o un Derecho civil español autonómico. Es el caso del art. 36.1 RES y art. 15 *in primis* RR-III.

Finalmente, en tercer lugar, en los casos en los que procede aplicar una cláusula de remisión indirecta contenida en un reglamento europeo, puede producirse, de nuevo, un problema técnico relacionado con la “vecindad civil”, pues el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto. Si el extranjero carece de “vecindad civil” en España, deberá recurrirse, ante la laguna legal existente y mediante la aplicación analógica del art. 9.10 CC, a la aplicación del Derecho Civil español que corresponda al territorio donde la persona resida habitualmente, que será, normalmente, el Derecho del lugar que presenta la “vinculación más estrecha” o “mayor proximidad” con la cuestión litigiosa (muy correctamente: SAP Zaragoza 20 abril 2012 [menores marroquíes], SAP Zaragoza 27 noviembre 2013 [alimentos a menores hijos de padre alemán y madre dominicana])<sup>311</sup>.

<sup>309</sup> SAP Barcelona 28 julio 2009 [CENDOJ 08019370122009100525].

<sup>310</sup> SAP Barcelona 3 junio 2013 [CENDOJ 08019370122013100397].

<sup>311</sup> SAP Zaragoza 20 abril 2012 [*Aranzadi JUR*, n. 158423]; SAP Zaragoza 27 noviembre 2013 [CENDOJ 50297370022013100382].

Si el sujeto no reside habitualmente en España se aplicará el Derecho privado español que corresponde a la unidad territorial con la que el supuesto en cuestión presenta una vinculación más estrecha (= principio general del Derecho internacional privado: “conexión más estrecha”).

### c) Ley española aplicable a la sucesión de causantes extranjeros en virtud del Reglamento sucesorio europeo

**188.** Surgen gravísimos problemas técnicos en relación con España cuando se trata de extranjeros con residencia habitual en España cuya sucesión *mortis causa* se rige por el Derecho español, apunta J. RODRÍGUEZ RODRIGO<sup>312</sup>. En efecto, con arreglo al art. 36.1 RES son aplicables, en estos casos, los arts. 12.5, 16 y 9.8 CC. Ello conduce, en teoría, a la aplicación del Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante extranjero<sup>313</sup>. Ahora bien, sabido es que los extranjeros carecen de “vecindad civil” en España. Ante la laguna, varias posibilidades, muy bien sistematizadas por M.E. GINEBRA MOLINS, se han sugerido<sup>314</sup>.

- 1º) *Aplicar el Derecho civil común*. Esta solución carece de todo soporte legal, pues el art. 13.2 CC no está diseñado para estos casos, sino para suplir lagunas materiales de los Derechos privados autonómicos. Además, el Derecho civil común no dispone de ninguna preferencia aplicativa sobre los demás Derechos privados españoles.
- 2º) *Aplicar el Derecho de la entidad territorial que presente la “vinculación más estrecha” o una “mayor proximidad”*. Este principio, cierto es, inspira el DIPr. español y el Derecho interregional español. Es la opción seguida por la RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España]<sup>315</sup>.
- 3º) *Aplicar por analogía el art. 36.2 RES*. Este precepto indica que si el Estado cuya Ley rige la sucesión carece de un Derecho interregional, entonces “a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”. Esta tesis arranca de una interpretación amplia de la frase “[a] falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes” que recoge el inicio del párrafo 2 del art. 36 RES. Para estos autores, España dispone de normas internas sobre conflicto de leyes, es cierto, pero tales normas, existentes, aunque se apliquen, no permiten especificar la unidad territorial cuyo Derecho debe regir la sucesión. Se trata, pues, para estos expertos, de equiparar la “ausencia de normas de Derecho interregional” a la “falta de solución jurídica por parte de las normas de Derecho interregional” (P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES)<sup>316</sup>. Una vez efectuado el salto lógico que permite a estos autores

<sup>312</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-290, esp. p. 264.

<sup>313</sup> M. ÁLVAREZ TORNÉ, “El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia sucesoria”, en C. PARRA, (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 291-324.

<sup>314</sup> M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 237-262, esp. pp. 255-257. Vid. también E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (cords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

<sup>315</sup> RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España] [BOE núm. 231 de 27 septiembre 2023].

<sup>316</sup> P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013 (*indret.com*), pp. 1-27. También C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Art. 38», en A.-L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 521-539, así como I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret*, 2/2013, *www.indret.com*, abril 2013; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Las sucesiones*

ignorar el art. 36.1 RES, el art. 36.2 RES les confiere la posibilidad de aplicar, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la “unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento” y, en el caso de que el Reglamento se refiera a la nacionalidad del causante, entonces las autoridades competentes pueden aplicar ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha. La entrada en acción del principio de proximidad aplicado, ahora, como norma jurídica resuelve el problema. La DGRN parece seguir esta tesis, aunque sin mucha convicción ni sistema. En la RDGRN 24 julio 2019 [causante alemán con residencia habitual en Formentera], la DGRN acude a la Ley de la residencia habitual del causante alemán, Ley balear vigente en Formentera a través de dicho precepto pero tras indicar que el causante carece de vecindad civil<sup>317</sup>. La RDGRSJFP 20 enero 2022 [pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente según la Ley de Galicia] corrobora esta opción que parece asentarse en la práctica registral española<sup>318</sup>. La SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] opta con firmeza por esta interpretación<sup>319</sup>. También lo hace la STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*]<sup>320</sup>. Esta sentencia también acude, al mismo tiempo, a otra solución: aplicar directamente el punto de conexión de la residencia habitual del causante que no ha realizado *professio juris* tal y como se recoge en el art. 21 RES<sup>321</sup>. Dice además el TSJ balear que de ese modo se evitan discriminaciones por razón de la nacionalidad entre los habitantes de Baleares, pues “*en orden al ejercicio del derecho a la libre circulación, es imperativo garantizar que cualquier ciudadano de la Unión Europea extranjero pueda organizar su sucesión de manera efectiva conforme a las previsiones del Reglamento sucesorio europeo, sin que pueda quedar sometido a la discriminación que supondría impedirselo por razón de su nacionalidad. Y no nos cabe duda de que la norma europea aplicable es clara, en los términos antecedentemente expuestos, y de que en el mismo sentido sería aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Ingenioso pero discutible, pues no existe discriminación legal alguna en tratar de modo diferente, -que no menos favorable-, al ciudadano que ostenta nacionalidad de otro país. Casos distintos, soluciones legales diferentes.

- 4º) *Aplicar el art. 9.10 CC y, a través del mismo, el Derecho de la entidad territorial donde el causante tenía su residencia habitual.* Esta solución es perfectamente defendible si se aplica por analogía al caso de falta de vecindad civil del causante y constituye, quizás, y como señala M.A. CUEVAS DE ALDASORO, la solución más correcta de todas las posibles<sup>322</sup>.

**189.** La solución que se funda en el art. 36.2 RES no parece adecuada y ello, según destaca de nuevo M.A. CUEVAS DE ALDASORO, por varios motivos: (a) El art. 36.2 RES no debe aplicarse cuando existen normas de Derecho interregional en la *Lex Causae*. Si ello así fuere, resultaría contrario a la

„*mortis causa*“ en Europa. Estudio del Reglamento UE n° 650/2012, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 750-754.

<sup>317</sup> RDGRN 24 julio 2019 [BOE núm. 231 de 25 septiembre 2019] [causante alemán con residencia habitual en Formentera].

<sup>318</sup> BOE núm. 40 de 16 febrero 2022.

<sup>319</sup> SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608].

<sup>320</sup> STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*] [ECLI:ES:TSJBAL:2021:460]: “*Por tanto, ante la ausencia de norma de conflicto aplicable, por razón de que la disponente, de nacionalidad francesa, no puede adquirir la vecindad civil conforme al art. 15 del Código Civil, su residencia habitual en Mallorca constituye el punto de conexión aplicable en función de ser ésta su vinculación más estrecha con el territorio...*”.

<sup>321</sup> STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*] [ECLI:ES:TSJBAL:2021:460]: “*Es, por tanto, en aplicación directa del Reglamento sucesorio europeo, que la residencia habitual de la disponente constituye el factor determinante de la conexión aplicable a su sucesión, y no las disposiciones internas del Código Civil que prevén un elemento conectivo diferente, referido a la vecindad civil, de imposible aplicación al caso, y por tanto exclusivamente operativo respecto de los ciudadanos españoles*”.

<sup>322</sup> M.A. CUEVAS DE ALDASORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, p. 62.

directriz básica del Reglamento sucesorio europeo, que consiste, como se ha indicado antes, en dejar en manos del Derecho de cada Estado miembro la precisión del Derecho regional aplicable; (b) No se trata de arreglar con soluciones europeas una cuestión que corresponde tomar e implementar, por decisión del mismo Reglamento sucesorio europeo, al legislador nacional; (c) La posición textual del art. 36.2 RES respecto del art. 36.1 RES resulta indicativa. El párrafo 2 del art. 36 RES sólo puede aplicarse si, con arreglo al párrafo 1 del precepto, el Estado en cuestión carece de normas para resolver los conflictos internos. Elevar una solución subsidiaria por encima de la principal no parece procedente; (d) El tenor literal es también clave: el art. 36.2 RES precisa que la solución basada en el principio de proximidad sólo puede activarse si el Estado en cuestión carece de normas para resolver los conflictos internos, esto es si “faltan” en tal Derecho, dichas normas de Derecho interregional. La voluntad de legislador europeo es clara: respetar normas nacionales que existen. Acudir raudos a la solución subsidiaria cuando las normas nacionales de Derecho interregional existen, supone violentar la voluntad del legislador europeo; (e) No debe olvidarse que el art. 36 RES es una “norma de selección de sistemas”. El legislador europeo selecciona el sistema de Derecho interregional que debe aplicarse para resolver la cuestión y en este caso, ha preferido seleccionar el sistema nacional del Estado cuya Ley rige la sucesión. Una vez seleccionado el sistema de Derecho interregional aplicable, el art. 36 RES ha cumplido su misión y es ahora tarea de tal Derecho interregional la determinación del Derecho sustantivo aplicable. Recurrir al art. 36.2 RES cuando el sistema nacional de Derecho interregional existe, supone confundir el objetivo del art. 36 RES con el objetivo del Derecho interregional nacional<sup>323</sup>.

**190.** Llamativo resulta, cuando no paradójico, que la sucesión de un causante chino que tuvo su última residencia habitual en Vigo se rija por el Derecho sucesorio gallego. En realidad, los Derechos sucesorios autonómicos españoles, antes llamados “forales”, están ligados a una población determinada y a un territorio muy concreto. Son Derechos pensados y diseñados para la población que habita un territorio concreto y que sólo ocasionalmente se encuentra o reside fuera de tales territorios. Las instituciones jurídicas de estos Derechos sucesorios autonómicos españoles recogen instituciones propias de tales áreas geográficas, vinculados a propiedades y explotaciones de dichos territorios y especialmente a personas vinculadas con tales territorios. El Derecho sucesorio navarro está, en realidad, diseñado para ser aplicado a navarros y por eso el legislador español, con buen tino y acierto indudable, lo hacía aplicable a los ciudadanos con vecindad civil navarra a través del art. 9.8 CC y 16 CC. Aplicar el Derecho sucesorio navarro a chinos y marroquíes que habitan en Navarra no parece encajar con el sentido nuclear, con los objetivos y con el espíritu del Derecho sucesorio navarro. Hasta que el legislador español no reforme los criterios de aplicación de los Derechos civiles autonómicos españoles y del Derecho civil común español, el problema persistirá y la precisión del Derecho sucesorio español aplicable tendrá que realizarse a través del criterio “residencia habitual” pese a la contradicción valorativa señalada. Que no es irrelevante. Esta situación provoca problemas graves. Así, en la SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca], resulta que el juzgador emplea el art. 36.2 RES, de modo que a un pacto sucesorio entre franceses se aplica el Derecho balear. Sin embargo, el Derecho balear exige, expresamente, que los sujetos implicados sean de vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina. Ello conduciría a la no aplicación del Derecho balear al caso a pesar de que el art. 36.2 RES conducía a dicho ordenamiento. Pues bien, para salvar el contrasentido, el juzgador considera que esta exigencia de vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina es una norma de Derecho internacional privado y no un requisito de fondo para la aplicación del Derecho balear. Así consigue que el Derecho balear se aplique a un pacto sucesorio celebrado entre sujetos franceses, pese a que el Derecho balear exige que tengan vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina<sup>324</sup>. Su argumento

<sup>323</sup> M.A. CUEVAS DE ALDASORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, pp. 60-63.

<sup>324</sup> SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608]: “Ahora bien. El art. 50 de la *Compilación* contiene una exigencia singular, que la actora no cumple, cual es que el donante tenga vecindad civil (subvecindad) mallorquina. La representación apelante ha puesto de relieve en su escrito de recurso la existencia de un debate en la doctrina científica, con cita de autores, acerca de si la exigencia en cuestión es una norma de conflicto (puesto que contempla un punto de conexión), o es una norma sustantiva o material de

es la claridad normativa: si el Reglamento sucesorio europeo hace aplicable el Derecho balear, ahora no puede el Derecho balear rechazar su propia aplicación<sup>325</sup>.

Frente a la posición anterior, la RDGRSJFP salvaba el escollo a través de la teoría de las normas de delimitación interior, que funciona de esta manera. Si un supuesto sucesorio se rige por el Derecho español debido a la aplicación del Reglamento sucesorio europeo y es aplicable un Derecho Foral español, será preciso que se cumplan los criterios de dicho ordenamiento. Si tal Derecho foral exige que el causante tenga vecindad civil de esa comunidad autónoma con Derecho propio, por ejemplo, vecindad civil gallega, entonces el Derecho gallego no es aplicable, pues no se verifican sus criterios de aplicación. De ese modo, la sucesión *mortis causa* de un causante francés con residencia habitual en Galicia se rige, según el Reglamento sucesorio europeo, por el Derecho español y en concreto (art. 36.2 RES) por el Derecho gallego. Ahora bien, la ley de Derecho Civil de Galicia establece en su art. 4 que “*la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común*”. Y como el causante francés ni tiene ni puede tener vecindad civil gallega porque no es español y sólo los españoles disponen de vecindad civil, resultará que no puede acogerse al Derecho gallego para otorgar un pacto sucesorio de mejora (RDGRSJFP 20 enero 2022 [pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente según la Ley de Galicia])<sup>326</sup>. Sin embargo, el criterio parece haberse abandonado tácitamente en la RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España]. En esta resolución, la sucesión *mortis causa* de una causante con doble nacionalidad italiana y argentina con residencia habitual en Cataluña se sujeta al Derecho catalán, sin que se invoquen las exigencias que requiere el Derecho catalán para su propia aplicación<sup>327</sup>.

## C) Conflicto móvil

### a) El conflicto móvil. Concepto y soluciones parciales en Derecho internacional privado español.

**191.** Se produce el “conflicto móvil” cuando se verifica un cambio en la circunstancia empleada por la norma de conflicto como punto de conexión: un cambio de nacionalidad de la persona, un cambio del país donde se halla un bien, etc. La locución “conflicto móvil” fue acuñada por el gran jurista francés

---

*derecho civil balear; criterio, este último, que asume la RDGRN de 24.05.19 en su FJ 18º, en el que, tras señalar que no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión, concluye señalando que no se está ante “un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín”.*

<sup>325</sup> SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608]: “*Sea como fuere, la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídico privada internacional, una interpretación de la exigencia de “de vecindad mallorquina “ del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50 ..... Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexa general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés. En este sentido, cabe citar la STJUE (Sala Segunda) de 15.07.10, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof- Alemania, y en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: “ 99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate... ”. En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden “...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas...” (en tal sentido, SS TJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007)”.*

<sup>326</sup> BOE núm. 40 16 febrero 2022.

<sup>327</sup> RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España] [BOE núm. 231 de 27 septiembre 2023].

E. BARTIN<sup>328</sup>. La doctrina alemana emplea el vocablo *Statutenwechsel* (“cambio de Estatuto” o “cambio de Ley aplicable”), debido a E. ZITTELMANN.

**192.** El Derecho internacional privado español carece de una solución general sobre el “conflicto móvil”. El art. 12 CC no contempla la cuestión. La solución a la cuestión en Derecho internacional privado español debe arrancar de una distinción básica.

Las normas de conflicto que recogen puntos de conexión mutables congelados en el tiempo evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser “inmutable” y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Un ejemplo se encuentra en el art. 9.4 CC [versión de 2015], que hace aplicable la Ley de la residencia habitual del hijo en el momento de ejercicio de la acción de filiación.

Por otro lado, ciertas normas de conflicto españolas contienen reglas específicas que solventan el conflicto móvil. Tales normas ordenan, normalmente, aplicar la Ley del país al que conduce el punto de conexión antes del cambio de la circunstancia en cuestión para proteger así la seguridad jurídica y la previsibilidad de respuesta de la norma de conflicto. Ejemplo: el art. 9.1 *in fine* CC indica que “*el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior*”. La mayor edad se rige, pues, por la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba el sujeto en el momento de alcanzar dicha edad.

Cuando los puntos de conexión son mutables y no están fijados en un determinado momento temporal por el legislador, surge verdaderamente el problema del “conflicto móvil”. A falta de indicación expresa por el legislador, debe arrancarse de la “tesis de la Ley anterior”. Como explica G. BARILE, el legislador tiende a evitar el cambio de la Ley aplicable en el tiempo<sup>329</sup>. Por ello, debe presumirse que la norma de conflicto fija la Ley aplicable en un momento determinado. Y tal momento es el correspondiente al “nacimiento” de la situación jurídica. Ello permite concretar el Derecho aplicable *ab initio*, sin que cambios posteriores de las circunstancias alteren el Derecho aplicable. Así se fomenta la seguridad jurídica y se evitan fraudes (correctamente, en el sector de la filiación, pero en relación a una norma de conflicto cuyo texto hoy es distinto [art. 9.4 CC]: RDGRN [3<sup>a</sup>] 18 febrero 1997)<sup>330</sup>.

## b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo

**193.** El Derecho internacional privado de la UE carece de una solución general sobre el “conflicto móvil”. Cada instrumento legal europeo suele disponer de soluciones específicas que aclaran el momento temporal relevante para tomar en consideración el punto de conexión de la norma de conflicto. Debe subrayarse que, en la mayor parte de los casos, las normas de conflicto europeas emplean puntos de conexión congelados en el tiempo (*constant connecting factors*). Las normas de conflicto que contienen este tipo de puntos de conexión evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser “inmutable” y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Algunos ejemplos pueden resultar útiles.

El art. 21 RES indica que ...: “*la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*”. Es irrelevante que el causante haya ostentado diversas nacionalidades durante su vida. La única nacionalidad que cuenta, a efectos sucesorios, es la que tenía en un momento concreto, en el momento de su fallecimiento.

El art. 4.1.a) RR-I indica que a falta de elección de Ley por los contratantes, “*el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*”. Señala el art. 19.3 RR-I que “[l]a residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”.

<sup>328</sup> E. BARTIN, *Principes du droit international privé*, vol.I, Paris, DomatMontchrestien, 1935, pp. 139-149.

<sup>329</sup> G. BARILE, “Criteri di collegamento”, *AA.VV., Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano*, vol.VIII, Milán, 1960, pp. 350-375.

<sup>330</sup> RDGRN [3<sup>a</sup>] 18 febrero 1997 [*BIMJ*, 1 mayo 1998, núm. 1820, pp. 1022-1023].

El art. 8.a) RR-III precisa que a falta de una elección de Ley por los cónyuges, el divorcio se regirá por la Ley del Estado en cuyo territorio tengan los cónyuges “*su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda*”.

## D) Cuestión previa

### a) La cuestión previa. El problema

**194.** Existe “cuestión previa de Derecho internacional privado” cuando, para regular una relación privada internacional, -la denominada “cuestión principal” (*Hauptfrage*)-, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente, llamada “cuestión previa” (*Vorfrage, Incidental Question, question préliminaire*), que opera como presupuesto de la anterior y que es preciso resolver antes que la cuestión principal. La “cuestión previa” es una construcción de la doctrina alemana, en especial, de W. WENGLER y de G. MELCHIOR<sup>331</sup>. La Ley que regula la cuestión principal es la Ley que indica si existe una cuestión previa y si ésta debe resolverse antes que la cuestión principal.

**195.** En Derecho internacional privado español el problema de la “cuestión previa” debe resolverse a partir de diversos datos.

En primer lugar, el art. 12 CC guarda silencio sobre la “cuestión previa”: no existe una solución general al problema ni tampoco existen legales soluciones positivas específicas. La jurisprudencia española no ha proporcionado respuestas claras sobre la “cuestión previa” en forma de una teoría general sobre este problema (STS 15 marzo 1955, STS 10 octubre 1960; STS 29 septiembre 1961, STS 27 febrero 1964, STS 4 junio 1964, STS 12 noviembre 1964, STS 4 abril 1991, SAP Asturias 4 abril 1995, SAP Málaga 5 junio 1993)<sup>332</sup>.

En segundo término, visto el silencio legal y el páramo jurisprudencial existente, los tribunales pueden, mediante el “desarrollo judicial”, construir soluciones específicas para solventar los casos de “cuestión previa”.

**196.** En general, puede afirmarse que la solución básica a esta cuestión en Derecho internacional privado español debe ser la llamada “tesis de la *Lex Formalis Fori*” o “tesis de la de la conexión independiente” (*selbständige Anknüpfung*). Según esta tesis, debe aplicarse a la cuestión previa, la norma de conflicto prevista para tal cuestión en el Derecho internacional privado del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Una vez resuelta la cuestión previa con arreglo al Derecho del país al que remite la norma de conflicto que en el Derecho internacional privado español regula dicha “cuestión previa”, se resolverá la cuestión principal, cuya Ley reguladora se determinará, naturalmente, conforme a la norma de conflicto española que sea aplicable a tal cuestión. La jurisprudencia española, aunque sin una construcción jurídica muy depurada, en la práctica opta por esta solución básica (AAP Madrid 17 enero 2013 [cuestión previa de cualidad de heredero y Ley china], SAP Alicante 26 enero 2009)<sup>333</sup>.

La tesis preserva la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC), salvaguarda la exclusividad del Derecho internacional privado español, protege la armonía interna de soluciones y potencia la seguridad jurídica.

<sup>331</sup> W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, vol.I, Berlin-New York, 1981, pp. 284-287; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationales Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85.

<sup>332</sup> STS 15 marzo 1955 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 767]; STS 10 octubre 1960 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 92, p. 129]; STS 29 septiembre 1961 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3271]; STS 27 febrero 1964 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 811]; STS 4 junio 1964 [*Jurisprudencia Civil*, p. 137]; STS 12 noviembre 1964 [*Jurisprudencia Civil*, p. 269]; STS 4 abril 1991 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2634]; SAP Asturias 4 abril 1995 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997-II, vol.XLIX, pp.273-276]; SAP Málaga 5 junio 1993 [*Aranzadi AC*, n. 1882].

<sup>333</sup> AAP Madrid 17 enero 2013 [CENDOJ 28079370122013200002]; SAP Alicante 26 enero 2009 [CENDOJ 03065370092009100050].



**197.** En ciertos supuestos, no obstante, cabe aceptar soluciones diferentes a la tesis de la *Lex Formalis Fori*. Son las que siguen.

- 1º) *Tesis de la Lex Materialis Causae*. Ciertos instrumentos internacionales sujetan la cuestión previa a la Ley material designada por la norma de conflicto que regula la cuestión principal. Ejemplo: el art. 1.II del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 (Ley aplicable al nombre) indica que la Ley nacional del sujeto, que rige su nombre y apellidos (cuestión principal), debe regular también las cuestiones previas al nombre de la persona, como el matrimonio o la filiación. Esta solución sólo debe seguirse si un instrumento legal internacional así lo indica.
- 2º) *Tesis de la cuestión previa creada y agotada en el extranjero*. Cuando la situación jurídica ha sido creada en un país extranjero y en él ha desplegado sus efectos principales, pero ahora se cuestiona su validez en otro país como cuestión previa, aplicar las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto es inconveniente. Puede hacer inválida una situación perfectamente eficaz en otro país. Por ello, en este caso, la validez de la situación que se presenta como cuestión previa debe valorarse con arreglo al Derecho internacional privado del país en el que la situación se creó y desplegó sus efectos principales, como puede observarse en los magníficos trabajos de PH. FRANCESKAKIS<sup>334</sup>. Esta excepción convence: refuerza la seguridad jurídica y la continuidad internacional de las situaciones válidamente constituidas en un país. Ejemplo: en un pleito en el que se trata de establecer la filiación matrimonial o extramatrimonial de un menor marroquí (“cuestión principal”) se duda sobre la validez de su matrimonio contraído por sus padres en Marruecos (“cuestión previa”). En este caso, aplicar a dicho matrimonio las normas de conflicto españolas no tiene sentido. El matrimonio es una situación ya creada en Marruecos, en cuyos Registros consta. Es más conveniente aplicar, para decidir sobre la validez del matrimonio, las normas de conflicto marroquíes y la Ley a la que conducen tales normas de conflicto.

**198.** En determinados litigios de Derecho Público, es preciso acreditar con carácter previo una circunstancia de Derecho privado. Es la llamada “cuestión previa impropia”. Ejemplo 1: para que una persona pueda acceder a pensiones o prestaciones de la Seguridad social española, es necesario probar la cualidad de “hijo” o “cónyuge” del beneficiario (STSJ Com. Valenciana Social 10 junio 2008 [esposa rumana de sujeto fallecido y pensión de la Seguridad Social], STSJ Asturias Social 26 septiembre 2008 [cuestión previa de matrimonio entre argentinos y pensión de viudedad])<sup>335</sup>. Ejemplo 2: para poder acreditar la nacionalidad española de un nacido en España, es preciso, con frecuencia, acreditar su filiación, es decir, “quiénes son sus padres” (RDGRN [1ª] 18 junio 2008 [nacido en España hijo no matrimonial de marroquíes])<sup>336</sup>.

## b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo.

**199.** En Derecho internacional privado europeo no existe una norma general que resuelva de modo específico la “cuestión previa”. A pesar de dicho silencio, puede afirmarse que ello confirma que, cuando existen normas de Derecho internacional privado europeo aplicables a la cuestión previa, ésta debe quedar regulada por la Ley a la que conduce la norma de conflicto europea prevista para regular dicha cuestión previa. El Derecho internacional privado sigue, por tanto, la tesis de la *lex formalis fori* o “tesis de la conexión independiente”.

<sup>334</sup> PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; Id., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *Revue critique de droit international privé*, 1952, p. 89; Id. “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 582 ss.; Id., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69* (dir. Ph. Franceskakakis), vol.I, Paris, 1968, pp. 470-497.

<sup>335</sup> STSJ Com. Valenciana Social 10 junio 2008 [CENDOJ 46250340012008102234]; STSJ Asturias Social 26 septiembre 2008 [CENDOJ 33044340012008102542].

<sup>336</sup> RDGRN [1ª] 18 junio 2008 [Aranzadi JUR, n. 397311].

Ejemplo: se discute si un bien inmueble sito en España pertenecía a un causante inglés cuya sucesión *mortis causa* se ha abierto en España y ello depende de la validez del contrato de compra de dicho bien que el causante firmó con una empresa japonesa vendedora. La cuestión principal es la “sucesión *mortis causa* del causante inglés”. La cuestión previa es la “validez del contrato de compra del inmueble”. Pues bien, para saber si el contrato (cuestión previa) es válido se aplicará la Ley a la que conducen las normas de conflicto europeas en el sector de los contratos, recogidas en el reglamento Roma I, y no la Ley a la que conducen las normas de conflicto europeas en el sector de la sucesión *mortis causa*, contenidas en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012.

**200.** Varias razones aconsejan seguir la “tesis de la *Lex Formalis Fori*” en el Derecho internacional privado europeo.

- 1º) La tesis de la *lex formalis fori* respeta la “imperatividad de la norma de conflicto europea” (art. 288.II TFUE). Si existe una norma de conflicto en el Derecho de la UE, norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la cuestión que ha surgido como “cuestión previa”, dicha norma debe aplicarse. Es el clásico enfoque debido a L. RAAPE<sup>337</sup>. Dicha norma de conflicto no puede ignorarse. Es incorrecto, pues, aplicar a la cuestión previa la norma de conflicto que regula la cuestión principal.
- 2º) Esta solución asegura el “efecto útil” de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Los reglamentos europeos, explica muy acertadamente S.L. GÖSSL, deben desplegar su eficacia ya surja la cuestión discutida como una cuestión “previa” o “principal”<sup>338</sup>.
- 3º) La tesis de la *lex formalis fori* respeta el principio de exclusividad del Derecho internacional privado europeo. En efecto, el juez español sólo debe aplicar de oficio las normas de conflicto europeas y en su defecto, las españolas, pero no las normas de conflicto extranjeras (art. art. 288.II TFUE y art. 12.6 CC). La aplicación de las normas de conflicto extranjeras no está prohibida, pero sólo podrá tener lugar cuando así lo indique expresamente el legislador europeo (art. 34 RES) o español (art. 12.2 y 5 CC: casos de reenvío y remisión a sistemas plurilegislativos), observa F. DEBY-GÉRARD<sup>339</sup>.
- 4º) La tesis de la *lex formalis fori* favorece la armonía interna de soluciones (*innerer Entscheidungseinklang*). En efecto: en todos los Estados miembros las cuestiones jurídicas se regularán siempre por la misma Ley, ya se presenten como “previas” o “principales” (G. VAN HECKE). Con ello se evita también el *Forum Shopping*.
- 5º) La tesis de la *Lex Formalis Fori* es una solución sencilla y potencia la seguridad jurídica. En efecto, para designar la Ley aplicable a los casos internacionales, los tribunales de los Estados miembros operan con un “catálogo único” de normas de conflicto, las normas de conflicto del Derecho de la UE. Ya surja la cuestión debatida como cuestión “previa” o como “cuestión principal”, su Ley reguladora no cambiará.

**201.** En el caso de una cuestión principal sujeta al Derecho internacional privado europeo y una cuestión previa no regulada por el Derecho internacional privado europeo, ciertos reglamentos indican expresamente que la cuestión previa debe quedar sujeta la Ley a la que remiten las normas de conflicto de cada Estado miembro. Esta tesis se sigue en relación con cuestiones jurídicas que no han sido objeto de regulación por normas de Derecho internacional privado europeas. Por tanto, el Derecho internacional privado de la UE, con el objetivo de respetar la soberanía legislativa de los Estados miembros, se limita a indicar que las cuestiones jurídicas que surgen como cuestiones previas y que no están reguladas por el Derecho internacional privado europeo, quedan en las manos del Derecho internacional privado de cada Estado miembro.

<sup>337</sup> L. RAAPE, “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.50, pp. 405-544.

<sup>338</sup> S.L. GÖSSL, “Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht der EU (Zum „Allgemeinen Teil“ des europäischen IPR)”, *Zeitschrift für Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung*, abril 2011, pp. 65-71.

<sup>339</sup> F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, París, Dalloz, 1973, pp. 5461.

Así, el Cons. [10] del Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010 [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial] indica que la Ley aplicable “*las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (...)* deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”. Por tanto, para saber si existe un matrimonio (= cuestión previa) y es válido, se aplicará la Ley estatal a la que conducen las normas de conflicto de cada Estado miembro que señalan la Ley que rige el matrimonio y no las normas de conflicto aplicables al divorcio (= cuestión principal). Una vez aclarado que el matrimonio existe, el divorcio y la separación judicial se regirán por la Ley a la que remite la norma de conflicto europea relativas al divorcio y a la separación judicial, contenida en dicho Reglamento Roma III (arts. 5 y 8).

**202.** Una corrección a la regla anterior es posible. Como apunta P. WAUTELET, visto que numerosos Reglamentos europeos contienen “cláusulas de excepción”, es posible activar dicha cláusula para que la cuestión previa quede sujeta a la Ley del país con el que la misma presenta los vínculos más estrechos (*vid. ad ex. art. 4.3 RR-I*)<sup>340</sup>. Así, en el caso de un daño infligido a un automóvil de lujo (cuestión principal) puede ser preciso acreditar si dicho automóvil pertenecía al demandante, que sostiene que el automóvil le pertenece porque lo heredó de su tío (cuestión previa). Si el daño (cuestión principal) se rige, con arreglo al art. 4.1 RR-II, por la Ley francesa, y aunque la sucesión *mortis causa* quede, en principio, sujeta *ex* Reglamento sucesorio europeo a la Ley española, el juez puede considerar que la sucesión está más estrechamente vinculada con Francia, de modo que puede activar la cláusula de excepción recogida en el art. 21.2 RES y aplicar, así, la Ley francesa a la sucesión (cuestión previa).

## E) Sucesión temporal de la norma de conflicto

### a) Descripción y términos del problema

**203.** El problema de la “sucesión en el tiempo de la norma de conflicto” surge cuando una situación privada internacional, regulada por una determinada norma de conflicto, pasa a ser regulada por una nueva norma de conflicto que sustituye o deroga a la anterior (*intertemporales Kollisionsrecht des Inlands*). Dicho cambio de “normas de conflicto” puede comportar una variación en el Derecho aplicable a la situación. En efecto: es posible que la “nueva norma de conflicto” utilice un punto de conexión distinto al que acogía la “norma de conflicto anterior”.

### b) La laguna legal del art. 12 CC y disposiciones específicas

**204.** El art. 12 CC no dispone de una solución legal general para resolver el problema de la “sucesión temporal de la norma de conflicto”. Ante el silencio legal, ante esta laguna del precepto, -también observada en otros sistemas jurídicos extranjeros-, la doctrina mayoritaria, encabezada por P. ROUBIER, indica que la solución más correcta exige arrancar de un principio clave: el Derecho que debe determinar qué norma de conflicto es aplicable, la antigua o la nueva, es precisamente ese Derecho, el Derecho al que pertenecen las normas de conflicto antigua y nueva (Res. IDI Dijon, 1981: “*Le problème intertemporel en droit international privé*”)<sup>341</sup>. A partir de ahí es preciso distinguir varias situaciones.

**205. a) Disposiciones específicas de Derecho transitorio contenidas en las nuevas leyes.** En ocasiones, el legislador proporciona soluciones concretas a las cuestiones de Derecho transitorio entre

<sup>340</sup> P. WAUTELET, “Party autonomy in international family relationships: a research agenda”, en *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 23-48; P. WAUTELET, “Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales”, en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 139-168.

<sup>341</sup> P. ROUBIER, “De l'effet des lois nouvelles sur les proces en cours”, *Mélanges J. Maury*, vol.II, París, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 513337.

normas de conflicto. En tal caso, como es obvio, debe observarse lo previsto por el legislador. Ejemplo 1: el art. 28 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], dispone que las normas de conflicto de dicho Reglamento se aplicarán “a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009”. Ejemplo 2: el art. 8 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre forma de los testamentos, indica que dicho convenio se aplica sólo a los testamentos otorgados por causantes fallecidos después de la entrada en vigor de dicho Convenio.

**206. b) Criterios subsidiarios.** En el supuesto de que el legislador guarde silencio sobre la cuestión, y siempre en defecto de norma de fuente internacional, debe resolverse este asunto con arreglo a los criterios del Derecho transitorio español (art. 2 CC). Resultado: rige el principio de la “irretroactividad de la nueva norma de conflicto”, confirmado por la jurisprudencia española (SAT Granada 12 febrero 1975, *Swinkels*)<sup>342</sup>. Es también la solución de la jurisprudencia francesa (sentencia Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> ch., Francia, 13 enero 1982)<sup>343</sup>. El principio general de la “irretroactividad de la nueva norma de conflicto” produce estas consecuencias, bien ilustradas por CH. GAVALDA en su clásica obra sobre el tema<sup>344</sup>.

- 1º) *Relaciones jurídicas que se desarrollan instantáneamente.* Estas relaciones se verifican en un momento determinado. Se rigen por el Derecho al que conduce la norma de conflicto en vigor en el momento en que se verifica el acto en cuestión. No obstante lo anterior, el TS ha estimado que en ciertas ocasiones, la nueva norma de conflicto exige su propia aplicación incluso cuando no estaba en vigor cuando se produjeron los hechos jurídicamente relevantes (STS 17 abril 2018 [filiación de menor con residencia habitual en Suiza])<sup>345</sup>. Así, el art. 9.4 CC redacción de 2015 exige su aplicación a la determinación de la filiación aunque el hijo haya nacido antes de la entrada en vigor de dicho nuevo art. 9.4 CC. Ello es así, indica el TS, por varias razones: (a) Este nuevo art. 9.4 CC es una norma materialmente orientada “que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial”. Esta norma contendría, según el TS, un mandato de aplicación inmediata desde que entra en vigor que alcanzaría incluso a las situaciones jurídicas producidas antes de su entrada en vigor; (b) En realidad, dice el TS, ello no supone aplicar de modo retroactivo la nueva norma de conflicto, pues “el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos”. En efecto, la filiación sigue produciendo efectos tras el nacimiento, eso es cierto; (c) El TS lleva a cabo un desarrollo judicial superador de la ley al añadir que “parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia, en atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes”. Es decir: el antiguo art. 9.4 CC, -que conducía a la Ley nacional del hijo-, comportaba resultados injustos, pues no era previsible, para los interesados, la aplicación de dicha Ley nacional del hijo, mientras que la aplicación de la Ley de la residencia habitual del hijo sí que lo es. Por eso, el TS aplica una norma mejor, más justa, que es el nuevo art. 9.4 CC en perjuicio de la norma peor, el antiguo texto del art. 9.4 CC. Esta postura del TS supera el mandato del art. 2 CC, que queda totalmente desplazado e ignorado. Para que este precepto no resulte inaplicado y sufra la argumentación jurídica del TS, la justificación más solvente consiste en estimar, como antes se ha avanzado, que la filiación no produce efectos jurídicos solamente en el momento del nacimiento del hijo, sino también después, esto es, cuando ya la norma de conflicto nueva, el art. 9.4 CC, ha entrado en pleno vigor *ratione temporis*.

<sup>342</sup> SAT Granada 12 febrero 1975 [*Revista española de Derecho internacional*, 1992, pp. 236-239].

<sup>343</sup> Sentencia de la Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> ch., Francia, 13 enero 1982 [*Bulletin*, 1982, n. 22 / *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 551, nota H. BATIFFOL].

<sup>344</sup> CHR. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, París, Sirey, 1955.

<sup>345</sup> STS 17 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1281].

- 2º) *Relaciones jurídicas duraderas*. Estas relaciones jurídicas se rigen por el Derecho designado por la norma de conflicto antes vigente. No obstante, una vez en vigor la nueva norma de conflicto, pasan a regularse, a partir de dicho momento, por el Derecho designado por la nueva norma de conflicto (STS 18 diciembre 1981, STS 6 octubre 1986, STS 9 diciembre 1986, SAP Palma Mallorca, Sec.4ª, 23 diciembre 1994)<sup>346</sup>. Se produce, por lo tanto, una “segmentación” de los efectos jurídicos producidos por una misma situación jurídica. Un primer grupo de efectos jurídicos quedan regulados por la Ley a la que conducía la norma de conflicto hasta que tal norma de conflicto fue derogada. Un segundo grupo de efectos jurídicos quedan sujetos a la Ley a la que conduce la nueva norma de conflicto a partir de su entrada en vigor.

## F) Adaptación. Laguna del art. 12 CC y posibles soluciones

**207.** Esta cuestión surge cuando varios aspectos de una misma situación privada internacional o diversas situaciones privadas internacionales conexas entre sí, resultan sujetos, por efecto de las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, a Leyes estatales distintas, explica W. WENGLER, auténtico creador, o descubridor, del problema, según se mire<sup>347</sup>. En dicho caso, puede surgir un “desajuste” entre los contenidos de los distintos Derechos aplicables, lo que puede dar lugar a resultados injustos, pues los derechos de los particulares implicados pueden resultar perjudicados de manera inadecuada. Se trata de una situación que ha sido gráficamente ilustrada por el citado W. WENGLER con su famosa “metáfora de la bicicleta”: el juez español es como un mecánico que debe ensamblar las diferentes partes de una bicicleta que han sido fabricadas en países distintos y que, precisamente, por ello, pueden no encajar correctamente, de modo que la bicicleta no funciona como debería.

**208.** Los fenómenos de “incoherencia de reglamentación” son muy variados y su clasificación sistemática resulta muy complicada. Se plantean tanto en el Derecho internacional privado nacional como en el Derecho internacional privado de la Unión Europea, como muy bien expone S.L. GÖSSL, y el silencio del legislador al respecto no hace que el problema desaparezca<sup>348</sup>. La “incoherencia de reglamentación” ya es, de por sí, una cuestión ardua y compleja pero es que, además, se suele presentar, como ya ilustró H. LEWALD, conectada con casos de “conflicto móvil” y “cuestión previa”<sup>349</sup>. Tales supuestos de incoherencia de reglamentación pueden ser superados mediante distintas técnicas interpretativas. Lo más relevante, en este momento, es poner de relieve, con E. VITTA, tres datos<sup>350</sup>.

En primer lugar, el art. 12 CC no ofrece una solución general sobre la “incoherencia de reglamentación” en casos de Derecho internacional privado. Ello resulta hasta cierto punto, lógico, pues la incoherencia de reglamentación es un problema que se plantea en relación a casos muy complejos y muy diferentes entre sí. Por tanto, parece más adecuado seguir soluciones de tipo empírico y particular y no soluciones de factura general.

En segundo lugar, sí se observa la existencia de algunas soluciones particulares diseñadas por el legislador para casos muy específicos de incoherencias de reglamentación.

En tercer lugar, debe recordarse que las normas de conflicto españolas son imperativas (art. 12.1 CC) (STS 30 junio 1962, caso *Amedeo Tarabusi*), y las normas de conflicto europeas también lo son,

<sup>346</sup> STS 18 diciembre 1981 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5273]; STS 6 octubre 1986 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5327]; STS 9 diciembre 1986 [CENDOJ 28079110011986100706]; SAP Palma Mallorca, Sec.4ª, 23 diciembre 1994 [*Revista general de Derecho*, 1996, n. 615, pp. 14434-14437].

<sup>347</sup> W. WENGLER, “Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im Internationalen Privatrecht”, *Festschrift für Hirsch*, 1968, pp. 211237; ID., “Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 661-691.

<sup>348</sup> S.L. GÖSSL, “Anpassung im EU-Kollisionsrecht”, *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 618-653.

<sup>349</sup> H. LEWALD, “Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1939-III, vol.69, pp. 5 y ss., concr. pp. 136-145.

<sup>350</sup> E. VITTA, “Cours Général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1979, vol.162, pp. 21243.

por lo que su aplicación es inexcusable incluso en los supuestos de incoherencia de reglamentación. En consecuencia, procede distinguir los siguientes casos<sup>351</sup>.

**209.** En relación con los casos expresamente regulados por el legislador, varios supuestos deben distinguirse: a) En la mayor parte de las ocasiones, cuando el legislador español detecta un problema de incoherencia de reglamentación derivado de la aplicación de varios Derechos estatales diferentes, opta por la técnica de la “aplicación parcial de las Leyes en presencia”. Así lo hace el art. 9.8 CC, que sujeta a la Ley que regula los efectos del matrimonio, los derechos sucesorios del cónyuge viudo, así como el art. 11.2 CC, que somete a la Ley que regula el fondo las exigencias de forma *ad solemnitatem* de los actos jurídicos; b) En otras ocasiones, menos frecuentes, el legislador recurre a la adaptación *stricto sensu* y proporciona un régimen material aplicable para evitar estas incoherencias, y prescinde de la Ley aplicable a las cuestiones controvertidas, precisamente, por la imposibilidad de conciliarlas. Es el caso del art. 16.2 CC en relación con el derecho de viudedad previsto en la Compilación de Aragón; c) También existen casos en los que el legislador recurre expresamente a la “transposición”. El art. 9.8 CC precisa que la sucesión por causa de muerte “*se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*”, pero acto seguido indica que “*sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*”. Es decir: se importan o transponen los testamentos otorgados con arreglo a una Ley X (Ley nacional del testador en el momento de testar) a una sucesión regida por otra Ley Y (Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento), cuyo contenido se “modula” para recibir correctamente ese testamento “extranjero”.

**210.** Por lo que se refiere a los supuestos no previstos por el legislador, debe entenderse que éste ofrece libertad interpretativa al operador jurídico para emplear diversas soluciones: sustitución, transposición, o adaptación en sentido estricto, según aconseje la situación concreta controvertida. Para casos extremos puede también utilizarse la técnica de la “aplicación parcial de las Leyes en presencia”, siempre que pueda justificarse que la situación de incoherencia de reglamentación crea una laguna legal que puede resolverse con dicha técnica sin que ello suponga infracción de la imperatividad de la norma de conflicto española (art. 12.1 CC). Debe estimarse que las soluciones basadas en técnica de la *Lex Fori*, y en la Ley más vinculada con la situación global no disponen de base legal y suponen, además, una inaplicación de las normas de conflicto españolas, lo que vulnera el art. 12.1 CC, razones por las ambas que resultan rechazables.

## **V. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil y las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil en la tercera década del siglo XXI.**

### **1. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración.**

**211.** La antes mencionada crisis de la parte general del Derecho internacional privado y del mismo art. 12 CC, superado por el Derecho europeo, por los convenios internacionales y por las normas de conflicto especializadas, no impiden que el buen jurista reconozca los méritos de este precepto y todo lo bueno que deja para el Derecho internacional privado español.

**212.** En primer lugar, el art. 12 CC transmitió en 1974 y transmite todavía hoy día una idea de “orden” en la aplicación de las normas de conflicto. Esto significa que el precepto opera como la “Constitución técnica del sistema conflictual español”. Es el armazón estructural de la aplicación de todas las normas de conflicto españolas, el faro que ilumina la navegación del jurista por las procelosas aguas del Derecho internacional privado nacional español y que, así, solventa los problemas que surgen en la

<sup>351</sup> STS 30 junio 1962 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3322].

aplicación de las normas de conflicto. Tales problemas aparecen bien sistematizados en el art. 12-2 CC, perfectamente codificados, encapsulados y recogidos en una sola y misma disposición legal.

**213.** En segundo lugar, el art. 12 CC refleja la toma de conciencia del legislador español de 1974 en relación con la importancia de los llamados “problemas generales de aplicación de las normas de conflicto”. Son cuestiones técnicas, ciertamente, pero la técnica jurídica es imprescindible para que pueda proyectarse una auténtica justicia en la solución de las cuestiones jurídicas suscitadas por las situaciones privadas internacionales. El art. 12 CC revela la importancia de la dogmática jurídica en el Derecho internacional privado.

**214.** En tercer lugar, y de modo paralelo a lo antes indicado, el art. 12 CC proyecta una enseñanza fundamental: la necesidad y la importancia de la tecnificación del Derecho internacional privado en los tiempos actuales. No basta con disponer de una batería de normas de conflicto. Éstas deben completarse con los adecuados y correctos instrumentos de navegación para que puedan cumplir con su misión. La complejidad de las situaciones privadas internacionales de los tiempos actuales exigen la aludida “tecnificación del Derecho”. El art. 12.4, ya en 1974, apuntaba en esa dirección.

**215.** En cuarto lugar, el art. 12.4 CC confirma la bilateralidad del sistema conflictual español y coloca la bilateralidad como el mejor criterio para hacer Justicia en el mundo cambiante actual en relación con los supuestos que presentan elementos extranjeros. Éste aparece compuesto por un conjunto de normas de conflicto guiadas por el principio de proximidad. Se trata de que una situación privada internacional quede sujeta a la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, de modo que las partes pueden, perfectamente, intuir la aplicación de dicha Ley en todo momento. El art. 12 CC garantiza ese objetivo conflictual. Asegura que la ley designada por la norma de conflicto, sea española o sea extranjera, se aplique para regular la situación privada internacional de la que se trate.

**216.** En quinto término, el art. 12 CC se presenta como un arma poderosa para combatir la arbitrariedad judicial. La Ley que debe regular un supuesto internacional es aquella designada por las normas de conflicto españolas. El art. 12 CC impide que el juez designe libremente la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales y le obliga a respetar los criterios asumidos por las normas de conflicto españolas. El precepto evita, así, que el juez frustre las legítimas expectativas jurídicas de las partes, que confían en la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto española, que es la Ley del país más estrechamente conectado con la situación de la que se trata.

**217.** En sexto lugar, el art. 12 CC establece una serie de mecanismos y expedientes técnicos que luchan contra el legeforismo. Visto que las normas de conflicto españolas son bilaterales, éstas pueden conducir a la aplicación de un Derecho extranjero. Pues bien, el art. 12 CC se ocupa de garantizar que eso sea así y que el juez no busque trucos, añagazas y estratagemas de tipo procesal o sustantivo para impedir la aplicación del Derecho extranjero y traicionar, así, la bilateralidad del sistema español de Derecho internacional privado. Al combatir el legeforismo, la norma de conflicto garantiza la seguridad jurídica de ordenación del sistema conflictual español y preserva y asegura, también, una resolución eficiente de los conflictos de leyes con arreglo a la Ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos con el caso.

**218.** En séptimo lugar, el art. 12 CC aparece vertebrado también por la idea de máximo respeto del Derecho extranjero. Cuando un Derecho extranjero debe regir una situación privada internacional porque así lo ordenan las normas de conflicto españolas, el juez español debe proceder del mismo modo que lo haría un juez extranjero: es su espejo.

En virtud de lo anterior, el art. 12.1 CC ordena al juez español que respete las categorías jurídicas y la interpretación del Derecho extranjero según sus propios cánones extranjeros. En tal sentido, el art. 12.1 CC preceptúa la aplicación de la Ley española, exclusivamente, a los efectos de determina la norma de conflicto española aplicable, esto es, a los efectos de la primera calificación. Ello significa que la segunda calificación, la que tiene lugar en el marco de un Derecho extranjero a los efectos de en-

contrar la disciplina jurídica sustantiva concreta reguladora de una situación privada internacional, debe realizarse con arreglo al Derecho extranjero del que se trate.

Del mismo modo, el art. 12.5 CC garantiza que, en el caso de que coexistan diversos sistemas jurídicos en el Derecho extranjero, se aplique aquél que habría aplicado también un juez extranjero, esto es, que el sistema aplicable se determine con máximo respeto al Derecho interregional extranjero.

En esta idéntica línea, el art. 12.3 CC respeta la diversidad valorativa, normativa y técnica del Derecho extranjero. Cuando así lo ordena la norma de conflicto española, el Derecho extranjero debe aplicarse: es ésa la regla general. Por ello, el recurso al orden público es, siempre, un remedio excepcional ante una situación extraordinariamente grave. Una mera diferencia de regulación entre el Derecho español y el Derecho extranjero nunca puede ser causa suficiente para impedir la aplicación del Derecho extranjero. En este sentido, el art. 12.3 CC restringe el orden público internacional a supuestos excepcionales y le permite operar, solamente, ante un “resultado” contrario a los principios básicos del Derecho español. De esa manera, se respeta el Derecho extranjero en su contenido, en sus valores y en sus técnicas jurídicas. Sólo en supuestos muy excepcionales, esto es, cuando se verifique una externalidad negativa que pueda perjudicar la ordenación jurídica básica de la sociedad española, deberá ser rechazada la aplicación del Derecho extranjero.

**219.** En octavo lugar, el art. 12 CC abordó los más importantes problemas de aplicación de la norma de conflicto, los más clásicos. Algunos quedaron fuera de la norma y esas lagunas jurídicas han suscitado problemas graves en la aplicación práctica del Derecho internacional privado: la cuestión previa, el conflicto móvil, la precisión de la internacionalidad de los supuestos y otros más. Por tanto, como anteriormente se ha hecho notar, en relación a estos problemas de aplicación de la norma de conflicto, aunque sí son todos los que están, no están todos los que son. Nadie es perfecto y las normas jurídicas tampoco lo son. Sin embargo, el art. 12.4, elaborado en 1974, marcó la ruta a seguir de modo correcto al abordar, por vez primera y de manera sistemática, estas cuestiones generales de la norma de conflicto.

**220.** En noveno lugar, el art. 12 CC es consciente de su labor: ayudar a la correcta aplicación de las normas de conflicto españolas. El art. 12 CC es una “norma que ayuda a las normas”. Su carácter ancilar se demuestra ya por su posición sistemática en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Primero vienen las normas reguladoras, los arts. 8 a 11 CC. Después viene la norma que ayuda a las normas, el art. 12 CC. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha ayudado de manera singularmente acertada a una apropiada, conveniente y oportuna intelección del art. 12 CC como norma auxiliar de las normas de conflicto españolas en su aplicación práctica.

## **2. Las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración.**

**221.** Una primera reflexión aparece de manera espontánea en la mente y en el corazón del jurista dedicado al Derecho internacional privado. Es sabido que la doctrina jurídica del siglo XXI duda sobre la utilidad de una “parte general” del sistema conflictual, ya sea éste nacional o europeo. Es una duda legítima. No es lo mismo el reenvío en el sector sucesorio que en el sector contractual. La incidencia del fraude de ley no es la misma ni opera del mismo modo en el campo de los derechos reales y en el ámbito de la capacidad jurídica y de obrar. Numerosos autores opinan que no tiene sentido ofrecer una paleta global y única de mecanismos propios de la parte general del Derecho internacional privado. Este debate es un signo de los tiempos. Tiempos cambiantes y veloces exigen normas concretas adaptadas a cada sector del Derecho, normas que también puedan, además, modificarse rápidamente. Las teorías generales, las explicaciones unívocas y polivalentes están en crisis. Es tarea irrenunciable de todo jurista experto en Derecho internacional privado abrir un debate intelectual sosegado sobre esta cuestión. El Derecho internacional privado europeo es, en este sentido, abiertamente post-moderno.

**222.** Una segunda reflexión apunta a la necesidad de atribuir al Derecho internacional privado nacional el peso que actualmente presenta en el sistema jurídico. El Derecho internacional privado espa-



ñol, como también sucede en cada Estado miembro, es ahora un ordenamiento legal residual. Prevalece sobre él toda la inmensa producción legislativa del Derecho internacional privado europeo encapsulada en los distintos Reglamentos de la Unión Europea. El valor práctico del art. 12 CC es hoy relativo y también escaso. Este precepto es, en la actualidad, una norma meramente secundaria o subsidiaria. Es un signo de los tiempos: el Derecho internacional privado nacional ha entrado en fase de cuarto menguante en beneficio del Derecho internacional privado europeo, una supernova en expansión que es visible en el horizonte con una potencia lumínica innegable.

**223.** La tercera reflexión se centra en distinguir entre unos y otros problemas de aplicación de la norma de conflicto. Así, la aplicación práctica del art. 12 CC ha mostrado que la calificación, el orden público, la remisión a sistemas plurilegislativos y la imperatividad de la norma de conflicto, constituyen aspectos técnicos necesarios en la aplicación de la norma de conflicto. Frente a ellos, el fraude de Ley internacional y el reenvío se presentan como mecanismos que reflejan meditaciones y especulaciones intelectuales propias de la dogmática del siglo XIX, muy preocupada por la soberanía estatal en la solución de las cuestiones de Derecho internacional privado, aspectos que hoy tienen escasa incidencia real.

**224.** Una cuarta reflexión apunta a la necesidad de abrir el espectro de los problemas de aplicación más clásicos a los nuevos problemas de aplicación del Derecho actual. Es preciso recapacitar sobre la conveniencia de incluir en el sistema español y europeo de Derecho internacional privado normas auxiliares sobre la cláusula “mercado interior”, sobre la “cláusula de excepción”, sobre las leyes de policía. Al mismo tiempo, y visto que el Derecho europeo deja en manos de los Estados miembros las cuestiones (procesales) relativas a la aplicación, alegación y prueba del Derecho extranjero, también resulta oportuno mediar la posibilidad de fijar criterios claros y estables sobre la cuestión que aseguren que, cuando la norma de conflicto conduzca a la aplicación de un Derecho extranjero, éste no dejará de aplicar debido a meras dificultades de acreditación de su contenido. Sólo así se puede garantizar que la imperatividad real de la norma de conflicto se impone sobre la imperatividad formal de la misma.

**225.** La quinta reflexión llama al experto a operar correctamente con un sistema jurídico binario de Derecho internacional privado. La vigencia del art. 12 CC recuerda al jurista que las soluciones de dicho precepto sólo son aplicables en relación con las normas de conflicto españolas y no en relación con las normas de conflicto del Derecho europeo. El reenvío del art. 12.2 CC, la calificación del art. 12.1 CC, por ejemplo, constituyen soluciones que no pueden, en ningún caso, ser empleadas en relación con las normas de conflicto europeas. El operador jurídico de Derecho internacional privado debe saber vivir, trabajar y reflexionar con dos ordenamientos jurídicos, el español y en europeo. Otro signo de los tiempos. En tal sentido, se ha dicho que el art. 12 CC es una “norma zombie”: su letra parece querer indicar que se aplica de manera general a toda norma de conflicto vigente en España, pero es bien sabido que eso no es así. Por tanto, el art. 12 CC está parcialmente desactivado y es, en muy numerosas ocasiones, totalmente inaplicable, aunque el precepto no sea consciente de ello. El art. 12 CC vaga por el Código Civil y cree que está vivo y que todavía presenta un alcance general en relación con toda norma de conflicto vigente en España, aunque, en verdad, no es así.

**226.** Por último, la sexta reflexión, la reflexión final es paradójica. Resulta muy curioso que el art. 12 CC sea ahora añorado por algunos expertos en Derecho europeo. En efecto, un nutrido grupo de especialistas en Derecho internacional privado europeo se lamenta de que éste carece de un paralelo al artículo 12 CC, de una norma que regule, de forma global, los problemas de aplicación de todas las normas de conflicto europeas. Esta nostalgia del futuro pasado, esta melancolía jurídica por un “Reglamento Roma Cero”, constituye un contrasentido y una paradoja intelectual en el tiempo actual. Echar de menos en el siglo XXI una ordenación sistemática propia de 1974 resulta incoherente, inapropiado y desfasado, un auténtico *oopart* (*out-of-place artifact*). Es cierto que la cuestión es polémica. Y lo es porque dos mentalidades del Derecho internacional privado se enfrentan. Por un lado, se presenta una concepción que todavía cree en la parte general del Derecho internacional privado. Es una fe en las ideas de la Modernidad, en la capacidad de la Razón para someter a reglas claras, uniformes y estables

el funcionamiento de las normas de conflicto. Por otro lado, la mentalidad propia de la post-modernidad apuesta por normas concretas, especializadas, por la solución de los problemas de aplicación de la norma de conflicto más cerca del caso concreto, y con mayor poder decisorio en los tribunales, lejos de teorías generales y cosmovisiones universales. Modernidad *versus* post-modernidad es el signo de los tiempos, también para el Derecho internacional privado, en la tercera década del siglo XXI.